

«UNA REVISION DEL ARTICULO 234 DEL TCE:  
LA SENTENCIA LEVY DICTADA POR EL TJCE  
EL 2 DE AGOSTO DE 1993»

Por JAVIER ROLDAN BARBERO (\*)

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONFLICTO ENTRE LA NORMA INTERNACIONAL Y LA NORMA COMUNITARIA. 1. *El planteamiento del conflicto*. 2. *La Directiva 76/207/CEE y el artículo 234*. 3. *El convenio n.º 89 de la OIT y el artículo 234*. III. LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO EN EL TJCE: APRECIACIONES DE JERARQUÍA. 1. *Prevalencia del convenio n.º 89 de la OIT sobre el derecho derivado*. 2. *La cuestión general de los derechos fundamentales*. IV. LA RESOLUCIÓN DEL FONDO DEL ASUNTO: CONSIDERACIONES SOBRE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL.—V. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

Con la sentencia *Levy* (1), el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha engrosado su ya nutrida jurisprudencia sobre las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho comunitario, recordando que la integración europea se enmarca en un contexto jurídico-internacional (2). Sin embargo, en esta ocasión, a diferencia de las más

---

(\*) Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Granada (en Comisión de Servicios en la Universidad de Almería).

(1) Sentencia de 2-8-93. As. C-158/91. Ministère public et Direction du travail et de l'emploi c. Jean-Claude Levy. *Rec.*, pág. I-4287.

(2) Puede verse a este propósito J. M. SOBRINO HEREDIA: «El control de los acuerdos internacionales por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas». *Cursos de Derecho*

renombradas y numerosas resoluciones (*AETR, Kramer...*), el Tribunal de Luxemburgo no se ha aplicado en delimitar el alcance de la acción exterior de la Comunidad, sino en acotar los límites del Derecho comunitario frente a las normas internacionales vinculantes para los Estados miembros.

La sentencia *Levy*, en efecto, ha proporcionado al Tribunal la oportunidad de interpretar de nuevo el artículo 234, en concreto de su párrafo primero, cuyo tenor, inalterado en el Tratado de la CE, establece:

«Las disposiciones del presente Tratado no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados, con anterioridad a la entrada en vigor del presente Tratado, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra».

Este precepto asume dos reglas vertebrales del Derecho internacional general: el *pacta sunt servanda* y el efecto relativo de los tratados, quedando formalmente los acuerdos aludidos, en sí mismos, fuera del *corpus* jurídico comunitario.

Este trabajo se centra, pues, fundamentalmente en una manifestación del ajuste entre el orden internacional y el comunitario, campo en el que el Tribunal de Justicia ha llevado a cabo con la sentencia *Levy* una interpretación hasta cierto punto innovadora, dando prioridad, como fórmula de principio, a los derechos de terceros Estados sobre la norma interna comunitaria. La presente nota sólo tratará, por consiguiente, de forma colateral la materia subyacente de la sentencia: la igualdad de trato entre sexos en las condiciones de trabajo, aspecto que sigue dando lugar a una fecunda actividad del Tribunal (3), como reflejo no sólo, como en este caso, de disparidades en su regulación estatal, comunitaria e internacional, sino también como trasunto de una profunda brecha que aún

---

*Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1992., págs. 84-156; y J. ROLDÁN BARBERO: «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de relaciones exteriores». G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, D. J. LIÑÁN NOGUERAS (dir.): *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*. Madrid, 1993, págs. 298-326.

(3) Puede verse E. ELLIS: «Recent case law of the Court of Justice on the equal treatment of women and men», *Common Market Law Review*, 1994-1, págs. 43-75. En general, sobre la configuración y perspectivas de la política social comunitaria puede consultarse el *Libro verde* de la Comisión, *Com (93) 551* de 17 de noviembre.

separa la realidad y la norma en este ámbito y que debe ser corregida a través de pautas culturales en su sentido más amplio.

La cuestión prejudicial planteada tiene su origen en las diligencias penales incoadas contra el Sr. Levy por haber empleado a veintitrés mujeres en un trabajo nocturno, contratación conforme con la directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales (4); pero contratación contraria a la prohibición, en términos generales, del trabajo de noche en la industria de la mujer, y no del hombre, que prescribe el Código de Trabajo francés en correspondencia con el Convenio núm. 89, de 1948, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por Francia en 1953. Veamos, a continuación, los fundamentos del conflicto de normas planteado.

## II. EL CONFLICTO ENTRE LA NORMA INTERNACIONAL Y LA NORMA COMUNITARIA

### 1. *El planteamiento del conflicto*

Se trata, pues, de una contradicción, prevista y regulada en el artículo 234, entre el derecho internacional previo aplicable a un Estado miembro (Francia) y el derecho comunitario posterior. Naturalmente, no se produce aquí, como en el GATT, la sucesión por la Comunidad de un acuerdo internacional, pues el convenio n.º 89 no vincula a todos los Estados miembros —cada vez a menos— ni la Comunidad asume en exclusiva las competencias laborales.

Más en concreto, estamos ante un conflicto entre el derecho social internacional (incorporado a la legislación interna francesa) y el derecho social comunitario: los mecanismos regional y de vocación universal de protección de derechos humanos, frecuentemente complementarios, colisionan, en esta ocasión, sobre si debe primar, salvo derogaciones fundadas (5), la igualdad laboral entre sexos —como ampara la direc-

(4) *JOCE*, n.º L 39, pág. 40.

(5) Relativas a la protección de la condición biológica de la mujer y a las relaciones particulares entre la mujer y su hijo. Vid. a este propósito la Sentencia de 15-5-86. As. 222/84. *Johnston. Rec.* pág. 1651, punto 44.

tiva 76/207/CEE—, o bien el carácter pretendidamente tuitivo de la condición autónoma de la mujer, protegido por el convenio n.º 89 de la OIT y, correlativamente, por la norma estatal francesa de desarrollo.

La situación planteada guarda semejanzas y disimilitudes con otras cuatro sentencias dictadas recientemente por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas:

Primeramente, importa poner énfasis en que en un asunto de características sustancialmente idénticas, que dio lugar a la sentencia *Stoeckel* de 25 de julio de 1991, el Tribunal no manejó en su razonamiento ni cotejó con la directiva 76/207/CEE, el convenio n.º 89. Sin duda, el TJCE entendió que debía ceñirse a responder la pregunta planteada sin entrar en consideraciones adicionales sobre la efectividad última de la directiva (6).

Con posterioridad al asunto *Levy*, el Tribunal desconoce y remite al juez nacional, en la sentencia *Minne*, la determinación de si las disposiciones internas (belgas, en este caso) incompatibles con la citada directiva de 1976 estaban destinadas efectivamente a aplicar el convenio n.º 89 (7).

El supuesto planteado y denegado por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Grana-Novoa* era el contrario al asunto *Levy*, pues aquí se trataba de dilucidar si un convenio celebrado por un Estado miembro y un tercer Estado podía surtir efecto en el conjunto de la Comunidad (8).

Finalmente, la sentencia *van Gemert-Derks* versa sobre una laguna que presenta el desarrollo del Derecho comunitario y que se ve completada por una norma de derecho internacional, recogida, concretamente, en el Pacto de 1966 sobre derechos civiles y políticos (9).

---

(6) El convenio n.º 89 sí fue sopesado por el Abogado General Tesoro para observar que la contradicción podía ser resuelta prohibiendo el trabajo industrial de noche indistintamente para hombres y mujeres. Vid. As. C-345/89. *Rec.* pág. I-4047.

(7) Sentencia de 3 de febrero de 1994. As. C-13/93. (Aún no publicada en la *Recopilación*). En la legislación belga el trabajo nocturno en la industria estaba prohibido, en principio, por igual para hombres y para mujeres, pero el régimen derogatorio era sexista.

(8) Sentencia de 2-8-93. As. C-23/92. *Rec.* pág. I-4505.

(9) Sentencia de 27 de octubre de 1993. As. C-337/91. (Aún no publicada en la *Recopilación*).

## 2. *La directiva 76/207/CEE y el artículo 234*

El efecto directo de la prohibición del trabajo únicamente para mujeres fue ya reconocido, y no puesto en tela de juicio en el asunto *Levy*, por la sentencia *Stoeckel* en estos términos:

«El artículo 5 de la Directiva 76/207/76 del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, es lo bastante preciso como para imponer a los Estados miembros la obligación de no consagrar en su legislación el principio de la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres, aunque esta obligación permita excepciones, cuando no exista una prohibición de trabajo nocturno para los hombres».

El convenio n.º 89 de la OIT no choca directamente con el derecho originario, pues el Tratado de la CEE sólo contenía como norma asemejada la del artículo 119, atinente exclusivamente a la igualdad de remuneración en el trabajo. Como señaló en 1978 el Tribunal de Justicia, «l'article 119 du traité ne saurait être interprété comme prescrivait, en plus de l'égalité des rémunérations, aussi l'égalité des autres conditions de travail applicables aux travailleurs masculins et aux travailleurs féminins» (10). Tampoco el Tribunal admite en *Levy* que la igualdad de trato entre hombre y mujer sea un derecho fundamental reconocido por el orden jurídico comunitario suficientemente preciso como para no requerir la aprobación de normas secundarias. Interesa, por tanto, destacar que, contrariamente a la literalidad del artículo 234, 1, la contradicción del acuerdo internacional previo puede tener lugar con relación al derecho derivado. Ya en la célebre sentencia *Burgoa*, de 14 de octubre de 1980, el Tribunal señaló que «l'article 234 a une portée générale et il s'applique a toute convention, quel que soit son objet, susceptible d'avoir une incidence sur l'application du traité» (11).

---

(10) Sentencia de 15-6-78. As. 149/77. *Defrenne c. Sabena*. *Rec.*, pág. 1378. Vid. en relación a esta resolución el comentario de D. J. LIÑÁN NOGUERAS en las *IV Jornadas de profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales*. Granada, 1980.

(11) As. 812/79. *Rec.*, pág. 2787, punto 6. *Cursiva añadida por mí.*

### 3. *El convenio n.º 89 de la OIT y el artículo 234*

Conviene anotar, primeramente, que, con fecha de 17 de febrero de 1992, Francia procedió a la denuncia del convenio a fin de ajustarse a los principios comunitarios, circunstancia que incidió en la Resolución sobre el fondo del asunto *Levy*, pero que no es tenida en cuenta por el Tribunal de Luxemburgo para su razonamiento al haberse planteado la cuestión prejudicial previamente.

Ya en 1962, el Tribunal de Justicia señaló que el artículo 234 tendía a garantizar las obligaciones dimanantes del acuerdo internacional previo para los *Estados miembros* contratantes, y los derechos favorables para *terceros Estados* (12).

En este sentido, se podría argüir que el convenio de la OIT no crea relaciones jurídicas directas entre Francia y el resto de partes contratantes dado el carácter en apariencia objetivo, no sinalagmático de la protección de derechos humanos (13), así como su naturaleza *ad intra*, su falta de especificidad internacional. Esta tesis no sería consistente. Precisamente, la vocación de reglas *erga omnes* de los derechos fundamentales avala el interés colectivo de su defensa. Pero, además, existe un argumento, menos filantrópico y más materialista, que apunta a la práctica, crecientemente denunciada desde los países industrializados, del *dumping* social, tal como certeramente apunta en sus conclusiones al caso el Abogado general Tesauro:

«les parties contractantes s'engagent réciproquement a respecter les mêmes règles, de manière que personne ne puisse bénéficier d'un avantage de concurrence injustifié dû à une protection moindre des droits des travailleurs».

(12) Sentencia de 27-2-62. As. 10/61. Comisión c. República italiana. *Rec.*, pág. 1.

(13) El artículo 60.5, del Convenio de Viena sobre derecho de los tratados entre Estados de 1969 podría avalar este argumento al disponer que la violación grave de un tratado multilateral no faculta a las otras partes a la terminación o suspensión del tratado si se trata de «disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario...». Una autoridad en la materia ha comentado a este propósito que «la referencia al *carácter humanitario* de los tratados ha de entenderse de manera que permita englobar a todos los que incluyan reglas de amparo de derechos fundamentales reconocidos al ser humano». A. REMIRO BROTONS: *Derecho internacional público. 2. Derecho de los Tratados*. Madrid, 1987. pág. 482.

Por consiguiente, había sujetos pasivos de una eventual infracción por Francia del convenio de la OIT.

### III. LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO EN EL TJCE: APRECIACIONES DE JERARQUÍA

#### 1. *Prevalencia del convenio n.º 89 de la OIT sobre el derecho derivado*

El Tribunal de Justicia resuelve que el juez nacional tiene la obligación de asegurar el pleno respeto del artículo 5 de la directiva 76/207/CEE, dejando inaplicada toda disposición contraria de la legislación nacional, *salvo si la aplicación de dicha disposición es necesaria para la ejecución de obligaciones resultantes de una convención concluida anteriormente a la entrada en vigor del tratado CEE con terceros Estados.*

A mi juicio, la fecha de referencia no es la de 1958, sino la de 1976, año de la aprobación de la directiva. Volveré sobre este tema en las «Reflexiones finales». De momento, interesa subrayar que este fallo, revalidado meses después en la sentencia *Minne*, encierra importantes consecuencias, a menudo inadvertidas, para la jerarquía de normas:

En primer lugar, se infiere que un convenio internacional celebrado por un Estado miembro con terceros Estados puede prevalecer sobre una norma de derecho derivado posterior, incluso si está dotada de efecto directo. Por tanto, la acción normativa de las instituciones comunitarias se subordina a la acción internacional (previa a 1958 según el TJCE) de sus Estados miembros con terceros y, por extensión, a la norma nacional que ejecuta dicho compromiso internacional. En consecuencia, la jurisprudencia *Levy* exceptúa la jurisprudencia *Simmenthal* en estos supuestos (14).

La sentencia de 2 de agosto de 1993 no contradice una línea jurisprudencial reiterada del Tribunal de Justicia, según la cual el Derecho comunitario prevalece sobre los convenios concluidos con anterioridad por los Estados miembros entre sí (15). Sigue siendo igualmente

---

(14) Sentencia de 9-3-78. As. 106/77. pág. 629.

(15) Cfr. Sentencia de 27-9-88. As. 235/87. *Matteucci*. punto 22. *Rec.*, pág. 5589.

valido lo ya señalado en la sentencia *Burgoa*: que el artículo 234, 1 obliga a las instituciones sin vincular formalmente a la Comunidad respecto al tercer Estado concernido (16). En cambio, a la luz de la sentencia *Levy*, sí se observa que las relaciones intracomunitarias se ven mediatizadas por el artículo 234, pues, en este caso, Francia pudo disfrutar de un régimen social distinto al del resto de los Estados miembros en disconformidad con el Derecho comunitario derivado (17).

Se confirma, pues, en *Levy* el espíritu auténtico y originario del primer párrafo del artículo 234: que la distribución de competencias de la CEE no puede ser opuesta a terceros países, que no se puede crear una organización internacional —o supranacional— para evadir las obligaciones internacionales. Este espíritu auténtico y originario se había visto perturbado, en beneficio de la autonomía del derecho comunitario, según un amplio y acreditado sector doctrinal, en resoluciones precedentes (18). Desde una perspectiva de respeto a la seguridad jurídica y al Derecho internacional sólo nos podemos sentir complacidos por esta declaración de principios del Tribunal de Justicia. No se podría decir, empero, en puridad, que el Tribunal ha relegado el Derecho comunitario, puesto que el propio tratado constitutivo de la CEE —hoy CE— garantiza el respeto al compromiso anterior contraído en el orden internacional por Estados miembros con terceros Estados. Hay que agregar, sin demora, que todo el procedimiento se desarrolló con dos certezas que no son explicitadas en la sentencia prejudicial: primero, que Francia había ya denunciado el convenio de la OIT en febrero de 1992; segundo, no obstante, que

---

(16) Sentencia de 14-10-80. As. 812/79. *Rec.*, pág. 2787, punto 9.

(17) En resoluciones anteriores, el Tribunal de Justicia había señalado, con razón, que los acuerdos contemplados en el artículo 234 no alteraban el régimen comunitario de comercio entre los Estados miembros. Sentencia de 11-3-86. As. 121/85. *Conegate. Rec.*, pág. 1007; y Sentencia de 22-8-88. As. 286/86. *Deserbais. Rec.* pág. 4907. Esta línea jurisprudencial ha sido secundada por el Tribunal de Primera Instancia en tres sentencias de 10-7-91. As. T-69/89. *Radio Telefis Eireann c. Comision. Rec.* 1991-7/II. pág. 485. puntos 102-104; As. T-170/89. *The British Broadcasting Corporation y BBC Enterprises Limited c. Comision. Rec.*, pág. 535, puntos 76-78; y As. T-76/89. *ITP c. Comision. Rec.* pág. 577, puntos 75-77.

(18) Consúltese, por ejemplo, J. GROUX, PH. MANIN: *Les Communautés européennes dans l'ordre international*. Luxembourg, 1991, pág. 114; o bien, J. RIDEAU: «Les accords internationaux dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes». *Revue Générale de Droit International Public*, 1990-1, pág. 320.



Francia había conculcado notoriamente de forma prolongada el segundo párrafo del artículo 234, que obliga al Estado miembro de que se trate a recurrir «a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado» (19). Pero, como comprobaremos después, se entiende que la violación del artículo 234, 2, no empece la aplicación en la vía prejudicial del artículo 234,1. En otras palabras, que la infracción del Estado miembro no puede oponerse ni, por tanto, perjudicar a terceros Estados implicados.

## 2. *La cuestión general de los derechos fundamentales*

A mi juicio, la solución ofrecida por el Tribunal de Justicia no debería haber sido distinta si se hubiese cotejado un acuerdo contemplado en el artículo 234 con disposiciones de derecho primario, pues precisamente ese artículo se pensó en su origen para este tipo de conflictos. Esto implicaría que el propio derecho originario, en virtud de su propio articulado, se subordinaría a acuerdos internacionales previos celebrados por Estados miembros hasta que dichos Estados pudiesen ajustarse a las obligaciones comunitarias, como prescribe el segundo párrafo del artículo 234.

En relación al asunto *Levy*, como sabemos, la igualdad general de trato en el trabajo entre hombre y mujer no estaba recogida en el tratado fundacional de la CEE (sí ahora en el Protocolo suscrito por 11 Estados anexo al Tratado de la Comunidad Europea).

Pero el tema encierra interés desde la perspectiva de los derechos humanos garantizados por el Tribunal de Justicia como parte integrante, por vía de principios generales del derecho, del orden jurídico comunitario. El artículo F,2, introducido por el Tratado de Maastricht sólo invoca, como texto internacional de referencia, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. Sin embargo, por ejemplo, en la sentencia *Hauer*, de 13 de diciembre de 1979, el Tribunal señaló que «les instruments internationaux concernant la protection des droits de

---

(19) Es oportuno referir en este lugar que Francia ya fue condenada, mediante sentencia del Tribunal de Justicia de 25-1088, por no adoptar en el plazo prescrito todas las medidas necesarias para garantizar la aplicación completa de la directiva 76/207. As. 312/86. *Comisión c. Francia*. *Rec.* pág. 6315.

l'homme, auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré, peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire» (20). Es obvio, por razones conocidas, que, de ninguna manera, podría el convenio n.º 89 de la OIT servir a estos efectos.

La tesis sostenida por la Comisión durante el procedimiento era distinta: según esta institución, el principio de la igualdad de trato entre sexos es un derecho fundamental preciso integrado, a título de principio general del derecho, en el orden comunitario, como se desprende de la jurisprudencia emanada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (21).

El Tribunal de Luxemburgo rechaza esta argumentación porque considera que este derecho fundamental admite, a título temporal, derogaciones y precisa la intervención del Consejo por vía de directivas para su concreción: «Dans ces conditions —concluye—, il ne suffit pas d'invoquer le principe d'égalité de traitement pour faire échec a l'exécution des obligations qui incombent a un Etat membre dans ce domaine en vertu d'une convention internationale antérieure» (22). El Tribunal parece dar a entender, por razonamiento *a contrario*, que, habiéndose tratado de un derecho fundamental suficientemente preciso, el convenio de la OIT no podría oponérsele, lo que suscita, más que despeja, algunas dudas complementarias sobre el valor de los derechos fundamentales en Derecho comunitario y sobre el alcance que el Tribunal confiere al primer párrafo del artículo 234. Podemos probablemente inferir, apoyándonos en una idea de Rodríguez Iglesias, que algunos derechos fundamentales de la persona humana comunes a los sistemas jurídicos de los Estados miembros tienen la condición de *ius cogens* y, consiguientemente, no admiten pacto en contrario (23).

---

(20) As. 44/79. *Rec.*, pág. 3727, punto 15.

(21) Sentencia de 28-5-85. *Abdulaziz. Cabales y Balkandali*. série A, n.º 94. Vid. punto 15 de la sentencia *Levy*.

(22) Puntos 16 y 17.

(23) G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS: «La Constitución de la Comunidad Europea». *Noticias C.E.E.* Mayo-93, n.º 100, pág. 95.

#### IV. LA RESOLUCIÓN DEL FONDO DEL ASUNTO: CONSIDERACIONES SOBRE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

Una vez denunciado entretanto por Francia el convenio de la OIT, la sentencia sobre el fondo del asunto no podía tener otro signo que la aplicación de la directiva 207/76/CEE, provista de efecto directo, y la consiguiente inaplicación de la norma interna contradictoria, el Código de Trabajo francés, en cumplimiento de la jurisprudencia recaída en el asunto *Simmenthal*. Además, Francia viene obligada a derogar o a modificar formalmente su normativa laboral prohibiendo o permitiendo en las mismas condiciones el trabajo nocturno en la industria para hombres y mujeres (24).

Llama la atención en el asunto *Levy* que, a diferencia de lo que suele suceder, la sentencia prejudicial no conduce clara y directamente a la resolución del proceso principal. Y esto es así no sólo por lo acabado de indicar —la previa denuncia del convenio n.º 89 de la OIT— sino también, fundamentalmente, porque, aunque no se hubiese dado esta circunstancia, el Tribunal de Luxemburgo había delegado en el juez nacional la tarea de determinar si la evolución del derecho internacional en la materia, en especial en el marco de la ONU, así como de la propia OIT, ha llevado consigo la terminación del convenio n.º 89 en virtud de lo establecido en el artículo 59 del Convenio de Viena sobre derecho de los tratados de 1969 (*Terminación de un tratado como consecuencia de la celebración de un tratado posterior sobre la misma materia entre las mismas Partes*), que puede considerarse derecho internacional general (25). Nada se opondría en tal caso —añade el Tribunal— a que el juez nacional aplique el artículo 5 de la directiva. Sin entrar en la comparación concreta de normas, es evidente que el Derecho internacional reciente tiende a no considerar fundada la prohibi-

---

(24) As. 168/85. *Rec.*, pág. 2945. Consúltese el artículo publicado en esta *Revista* por A. MANGAS MARTÍN: «La obligación de derogar o modificar el derecho interno incompatible con el derecho comunitario. Evolución jurisprudencial». 1987-2, págs. 311-335. Téngase de nuevo en cuenta en este orden de ideas la sentencia citada en *supra* nota 19.

(25) El punto 19 de la sentencia *Levy* se refiere incorrectamente al Convenio de 1986 referente a tratados en los que participan organizaciones internacionales, ya que el convenio de referencia es el de 1969, circunscrito a los acuerdos entre Estados. Vid. también artículo 30 concerniente a la aplicación de tratados sucesivos relativos a una misma materia.

ción, en general, del trabajo nocturno únicamente de la mujer en la industria (26).

En la sentencia *Burgoa*, de 1980, el Tribunal de Justicia sí advierte que el tratado previo invocado, el convenio de Londres sobre pesca de 1964, había sido reemplazado por un nuevo régimen jurídico concertado con las autoridades españolas (tercer Estado en cuestión), «pour tenir compte de l'évolution générale du droit international dans le domaine de la pêche en haute mer» (27).

A la luz de la efectiva denuncia del convenio n.º 89 en el ínterin y de la remisión al juez *a quo* de la resolución final del derecho aplicable, la jurisprudencia *Levy* encierra un interés más teórico, general, de principio, que particular para el caso de que se trataba. En la sentencia posterior, muy reciente, *Minne*, el TJCE incluso ha ido más allá, pues la Corte ignoraba en qué medida las disposiciones nacionales incompatibles con la directiva de 1976 estaban destinadas a ejecutar el convenio n.º 89 de la OIT:

«ce n'est pas à la Cour saisie dans le cadre d'une procédure préjudicielle mais au juge national —se señala— qu'il appartient de vérifier, afin de déterminer dans quelle mesure ces obligations font obstacle à l'application de l'article 5 de la directive, d'une part, quelles sont les obligations qui s'imposent ainsi, en vertu d'une convention internationale antérieure, à l'Etat membre concerné, et, d'autre part, si les dispositions nationales en cause sont destinées à les mettre en oeuvre» (28).

Este respeto por la división de competencias con el juez interno encaja perfectamente en el espíritu de la figura de la cuestión prejudicial, que «establece —según términos recientemente recordados por el Tribunal de Luxemburgo— el marco de una cooperación estrecha entre las ju-

---

(26) Por ejemplo, la Carta Social Europea, adoptada en 1961 bajo los auspicios del Consejo de Europa, todavía contempla la necesidad de «regular el trabajo nocturno de la mujer en empleos industriales» (Art. 8). En el punto 18 de la sentencia *Levy* se cita la normativa posterior de signo distinto adoptada en el marco de Naciones Unidas y de la OIT.

(27) Cit. en *supra* nota 16, puntos 23 y 24. Puede consultarse sobre esta resolución el comentario publicado por esta *Revista* en su número 1981-1 (págs. 53-65) de J. L. MESEGUER.

(28) Citada en *supra* nota 7, punto 18.

risdicciones nacionales y el Tribunal, fundada sobre un reparto de funciones entre ellos» (29).

El Tribunal de Justicia, en efecto, respeta las funciones del juez *a quo* y se limita a su labor de intérprete de dos normas de Derecho comunitario: el artículo 234 del Tratado CEE y la directiva 207/76/CEE, no de reglas ajenas. Ya en 1973, el TJCE se declaró, justificadamente, incompetente para interpretar el derecho internacional que vincula a los Estados fuera del Derecho comunitario (30). Consecuentemente, a diferencia de lo que ocurre con los acuerdos celebrados por la propia Comunidad, incluso conjuntamente con sus Estados miembros (31), los tratados contemplados en el artículo 234 no forman parte del orden jurídico comunitario y, por tanto, no son susceptibles de interpretación o de declaración de validez al amparo del artículo 177 del Tratado hoy de la CE.

Es interesante recordar en este orden de ideas que, en un contexto análogo, la sentencia *Stoeckel*, de 25 de julio de 1991, se limitó a afirmar el efecto directo de la directiva 76/207 sin ponderar la incidencia sobre su aplicación del convenio n.º 89 (32). Puede plausiblemente pensarse que dicha ponderación habría supuesto una actuación *ultra vires* por parte del Tribunal, puesto que la pregunta prejudicial se circunscribía a determinar la eficacia de la directiva. Sin embargo, hay que convenir en que la sentencia *Stoeckel* por este motivo no esclareció toda la dimensión comunitaria pertinente para la resolución del proceso principal. De ahí la procedencia de la nueva cuestión planteada en el asunto *Levy*.

Cabe, por ultimo, resaltar que el Tribunal de Justicia, de acuerdo con las funciones propias del incidente prejudicial, no insinúa siquiera la infracción reiterada cometida por Francia del artículo 234, 2, al no desligarse formalmente de los compromisos internacionales incompatibles con sus obligaciones comunitarias derivadas de la directiva de 1976 durante un período prolongado de tiempo. Con acierto, el Abogado general Tesauro aclara que se trata de una función que corresponde

---

(29) Sentencia de 27-10-93. As. C-127/92. *Enderby*. punto 10 (Aún no publicada en la *Recopilación*).

(30) Sentencia de 27-11-73. As. 13/73. *Vandeweghe*. *Rec.*, pág. 1329.

(31) Vid , como primera referencia en el tiempo, Sentencia de 30-4-74. As. 181/73. *R & U Haegeman c. Estado belga*. pág. 449, puntos 3 y 5.

(32) Vid. *supra* nota 6.

al recurso de incumplimiento, el cual fue, en cierta medida, sustanciado en la sentencia citada en *supra* nota 19.

Este conjunto de resoluciones, entre las que se incluye las sentencias *Levy* y *Minne*, han obrado el efecto de conducir a los Estados vinculados al convenio n.º 89 a denunciarlo para ajustarse a las obligaciones comunitarias. Este trámite ha sido también efectuado por España con efectos de 27 de febrero de 1993 (33). De esta manera, la directiva 76/207 puede, de acuerdo con el artículo 10,2, de la Constitución española, suministrar, sin reservas, criterios de interpretación sobre la igualdad laboral entre mujeres y hombres (34).

## V. REFLEXIONES FINALES

La sentencia *Levy*, confirmada por la sentencia *Minne*, ha protegido, como fórmula de principio, amparándose en el primer párrafo del artículo 234 TCEE, los derechos de terceros Estados en detrimento de la acción institucional interna de la CE, alterando las bases jerárquicas comunitarias, si bien no desvela explícitamente la incógnita de si la resolución hubiese sido la misma de haber colisionado los derechos de terceros Estados con un derecho fundamental suficientemente preciso en el orden jurídico de las Comunidades.

De este modo, la sentencia de 2 de agosto de 1993 contraría un reproche tradicional, muchas veces fundado, dirigido a la labor del TJCE de ser más sensible a los principios internos comunitarios que a las reglas de Derecho internacional (35). Como también ocurre con la reciente sen-

---

(33) La denuncia fue formalizada un año antes. Vid. *BOE* de 17-4-92.

(34) La aptitud del Derecho comunitario para servir a los fines del párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional. Véase D. J. LIÑÁN NOGUERAS, J. ROLDÁN BARBERO: «The judicial application of Community Law in Spain». *Common Market Law Review*, 1993, pág. 1142.

(35) Aparte de los reproches, ya señalados, a propósito de la sentencia *Burgoa* y de sus epígonos, por ejemplo, la Resolución 1/78, adoptada en el marco del Tratado CEEA, ha sido justamente criticada por negarse a revelar a terceros el reparto interno de competencias, tanto más cuanto que dicho reparto, se añadía, es evolutivo. Resolución de 14-11-78. *Rec.*, pág. 2180, punto n.º 35. Puede consultarse el comentario de P. REUTER a este propósito en «La Conférence de Vienne sur les traités des organisations internationales et la sécurité des engagements conventionnels». *Liber Amicorum Pierre Pescatore*. Baden-Baden, 1987, pág. 551. En relación al dictamen 1/91 sobre el Espacio Económico Europeo, vid. la censura de

tencia *Keck y Mithouard* (36), *Levy* contradice la propagada «obsesión» comunitarista del Tribunal de Luxemburgo.

Sin embargo, para mantener y desarrollar íntegramente el acervo comunitario, se debe perseguir al mismo tiempo un control y un cumplimiento rigurosos del mandato recogido en el segundo párrafo del artículo 234, que obliga a los Estados miembros a ajustar sus compromisos internacionales a las obligaciones comunitarias, de acuerdo, en última instancia, con el principio de cooperación leal con la integración europea incorporado en el artículo 5 del Tratado de la CE.

En efecto, un convenio adoptado en 1948, distanciado de los parámetros jurídicos predominantes en la actualidad, no debe constituir una rémora para el desarrollo homogéneo del derecho social comunitario y para la coherencia de su acción exterior (37).

Aunque existe una política social consolidada de los doce Estados miembros que no puede replantearse, es manifiesto que la disidencia británica respecto a la Carta social comunitaria de 1989 y al Protocolo anexo al Tratado de la Comunidad Europea representa, mucho más que el espíritu del artículo 234,1, una amenaza inquietante para la unidad del Derecho comunitario y una manifestación tangible de la «Europa a dos velocidades».

Además de esta exclusión del Reino Unido, cabe recordar que la política social comunitaria se concibe, de todas formas, como un estándar

---

A. EPINEY por su desvalorización de dicho acuerdo internacional. «La Cour de Justice des Communautés Européennes et l'Espace économique européen». *Revue Suisse de Droit international et Droit européen*, 1992-3, págs. 275-304. J. H. J. BOURGEOIS, en términos matizados, señaló en 1987 que «the Court did so more for the benefit of uniformity of Community law than for the sake of upholding international law (...). Yet, there is an unmistakably open attitude vis-a-vis international law and a willingness to take it into consideration». «Effects of International Agreements in European Community Law: Are the Dice Cast?». *The Art of Governance. Festschrift zu Ehren von Eric Stein*. Baden-Baden, 1987, pág. 133.

(36) Sentencia de 24-11-93. As. C-267/91 y C-268/91. (Aún no publicada en la *Recopilación*, pero su consulta puede hacerse en esta *Revista* 1994-1, págs. 193 y ss.). Vid. el comentario sobre dicha resolución en este mismo número de M. LÓPEZ ESCUDERO.

(37) Es oportuno agregar que el Acuerdo relativo a la política social celebrado entre los Estados miembros de la CE a excepción del Reino Unido proclama «la igualdad de oportunidades en el mercado laboral y la igualdad de trato en el trabajo entre hombres y mujeres» (Artículo 2, 1, 4.º guión). Precisamente, en el artículo 6,3, se contemplan como excepción «ventajas concretas destinadas a facilitar a las mujeres el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar algún impedimento en sus carreras profesionales».

mínimo que no sera obstáculo «para el mantenimiento y la adopción, por parte de cada Estado miembro, de medidas de mayor protección de las condiciones de trabajo, compatibles con el presente Tratado», en los términos del artículo 118 A del Tratado CE. No siempre sera fácil dilucidar esta mayor protección, como advirtió la Comisión en la sustanciación del dictamen 2/91. Precisamente, esta resolución puso de manifiesto la competencia compartida y la cooperación solidaria de la Comunidad y sus Estados miembros en un ámbito de la política social (38). Es conveniente, al mismo tiempo, a mi entender, desarrollar la vertiente internacional de la política social comunitaria. A tal fin, la Comunidad no sólo encuentra obstáculos endógenos; también exógenos, como la limitación marcada por la Constitución de la OIT para que sólo los Estados puedan vincularse a los convenios elaborados bajo sus auspicios (39). Sería, pues, deseable que dicha Constitución se reformase, como ya hizo la FAO con su tratado constitutivo, para permitir el acceso de la CE, juntamente con sus Estados miembros (40).

Se ha escrito con razón que las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho comunitario aún no han sido objeto de una sistematización completa y definitiva (41). Creo que se trata de un objetivo inalcanzable en sus últimas consecuencias.

La sentencia *Levy* no elimina, desde luego, los casos de responsabilidad internacional que pueden ocasionarse en este campo. El artículo 234,1, sólo zanja en favor de las obligaciones internacionales un supuesto de colisión con el Derecho comunitario. Por lo demás, los Estados miembros, por ejemplo, no pueden esgrimir sus acuerdos inter-

---

(38) Dictamen de 19-3-93 acerca del «Convenio n.º 170 de la OIT sobre la seguridad en la utilización de los productos químicos en el trabajo». *Rec.*, pág. I-1061. Puede consultarse el comentario de A. OLESTI RAYO publicado en el número 1993-3 de esta *Revista*, págs. 945-971.

(39) Artículo 19,1. Puede consultarse F. MAUPAIN: «Las relations de l'OIT et de la CEE». *Revue Générale de Droit International Public*, 1990, págs. 49-90.

(40) Cfr. «L'amendement à l'acte constitutif de la FAO visant à permettre l'admission en qualité de membre d'organisations d'intégration économique régionale et la Communauté économique européenne». *Revue Trimestrielle de Droit Européen*. 1993-1, págs. 1-16.

(41) A. GIARDINA: «La «communitarizzazione» degli accordi internazionali in vigore fra Stati membri e stati terzi». *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*. 1989 1-2, pág. 5.



nacionales posteriores para sustraerse a la regla comunitaria. A su vez, los acuerdos internacionales celebrados por la CE pueden ser sometidos, aunque la hipótesis aún no se ha verificado en la práctica, a un control de legalidad por infracción del derecho primario, control que acabe declarándolos ineficaces en el orden comunitario, aun manteniendo intacta su vigencia internacional (42). No debe sorprendernos que en estos supuestos tanto el Derecho internacional como el Derecho comunitario, cada uno por su parte, afirme su propia superioridad (43). Igual ocurre casi siempre en las relaciones entre Derecho internacional y derecho estatal.

Por otra parte, el reparto de competencias entre la Comunidad y sus Estados miembros, en general, está teñido de consideraciones políticas (44). Se entiende que Jacqué y Weiler apuntaran como un progreso de la integración europea el paulatino tránsito desde un control político de esta división de poderes hacia un control judicial (45), sin que este último medio pueda desvanecer, por sí solo, todas las incógnitas.

Incluso en políticas exclusivas, como la comercial, los Estados miembros retienen una actividad convencional propia (46). Es sólito señalar que la Comunidad restringe en la práctica sus facultades potencia-

---

(42) Esta hipótesis fue admitida por el Tribunal de Justicia, pese a reconocer los inconvenientes que para la seguridad jurídica se derivarían, en su dictamen 1/75 de 11-11-75. *Rec.*, pág. 1359.

(43) Cfr. artículo 27 del Convenio de Viena sobre derecho de los tratados con organizaciones internacionales de 1986.

(44) Son ilustrativas estas palabras de L. J. BRINHORST, conclusivas de un coloquio organizado en 1980 sobre este tema: «it has been very clearly demonstrated that the concept of division of powers between the Member States and the Community is as much a matter of law as a matter of policy. Lawyers started talking like lawyers, but, as the discussion went on, talked more like politicians». *Division of powers between the European Communities and their Member States in the field of external relations*. Deventer, 1981, pág. 149.

(45) J.-P. JACQUE, J. H. H. WEILER: «On the Road to European Union - A new judicial architecture: an agenda for the intergovernmental Conference». *Common Market Law Review*, 1990-1, pág. 207.

(46) Es muy sugestivo a este propósito el trabajo de K. LENAERTS: «Les répercussions des compétences de la Communauté européenne sur les compétences externes des Etats membres et la question de la préemption». P. DEMARET (ed.): *Relations extérieures de la Communauté européenne et marché intérieur: aspects juridiques et fonctionnels*. Bruxelles, 1986, págs. 37-62.

les en el campo exterior (47). Es así discutible el alcance exacto de la cláusula *AETR* o, en general, de la *preemption* (48), principios que vedan teóricamente la capacidad de los Estados de seguir celebrando individualmente acuerdos internacionales en el ámbito de que se trate. En cuanto al vidrioso principio de la subsidiariedad, se ha dicho precisamente en relación a la política social que su interpretación no conduce automáticamente a conclusiones unánimemente aceptables (49).

Estas apreciaciones avalan, a mi parecer, una conclusión final sobre el alcance del artículo 234: que su aplicación no debe quedar circunscrita a los acuerdos celebrados con anterioridad al 1 de enero de 1958 (o a las fechas previas a la adhesión tratándose de nuevos Estados miembros) (50), sino que se extiende, dada la mudabilidad de los poderes comunitarios, a los acuerdos concluidos por Estados miembros con terceros Estados con anterioridad a la asunción efectiva de competencias por la CE, circunstancia que puede acontecer por reforma de los tratados constitutivos, por desarrollo del artículo 235, en virtud del paralelismo de competencias internas y externas, etc.

---

(47) Puede verse G. L. Close: «Self-restraint by the EEC in the exercise of its external powers». *Yearbook of European Law*. 1981, págs. 45-68.

(48) J. TEMPLE LANG ha escrito lo siguiente sobre el principio *AETR*: «Whatever may be the current interpretation of the *AETR* judgment, it will be seen that this ambiguity made it more difficult to state the exact scope of any Community (exclusive) competence resulting from the *AETR* principle». «The Ozone Layer Convention: A new solution to the question of Community participation in «mixed» international agreements». *Common Market Law Review*, 1986-1, pág. 162. N. A. NEUWAHL, por su parte, ha advertido que «the Court of Justice does not take an extremist standpoint on preemption, but remains somewhere between a narrow and a broad conception of the doctrine». «Joint participation in international treaties and the exercise of power by the EEC and its Member States: Mixed agreements». *Common Market Law Review*, 1991, págs. 722-723.

(49) Ch. RUTTEN: «Rapport du groupe de discussion consacré a la dimension sociale». *Subsidiarité: Défi du changement*. Maastricht, 1991, pág. 163. Sobre la aplicación general del principio de subsidiariedad véanse las conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo de 11 y 12 de diciembre de 1992 publicadas por esta *Revista* en su número 1 de 1993 (págs. 377 y ss.).

(50) Cfr. artículo 5 de las Actas de adhesión hasta ahora celebradas.