

# LA INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO SOBRE LA LEGISLACIÓN Y LA JUDICATURA. NOTAS A UN PROCESO DE «AMERICANIZACIÓN» DEL DERECHO EUROPEO

Por THEO ÖHLINGER\*

## SUMARIO

1. INTERCONEXIÓN ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO Y EL DERECHO ESTATAL.—2. LA DEGRADACIÓN DEL PARLAMENTO.—3. LA DEGRADACIÓN DE LA LEY: A) El mito del Estado legislador. B) El complicado encaje del Derecho comunitario y el Derecho estatal.—4. LA REVALORIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES.—LA «AMERICANIZACIÓN» DEL DERECHO EUROPEO.—6. CONCLUSIÓN FINAL.

### 1. INTERCONEXIÓN ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO Y EL DERECHO ESTATAL

En su memorable sentencia *Van Gend en Loos*<sup>1</sup>, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas calificó el Derecho comunitario como un «nuevo ordenamiento jurídico del Derecho internacional —un orden jurídico cuyos sujetos no sólo son los Estados miembros, sino también los particulares—». En esta formulación se pone de manifiesto la pretensión del

---

\* Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Viena. Director del Departamento de Derecho Constitucional y Administrativo de la Universidad de Viena. Entre 1978 y 1989 fue miembro suplente del Tribunal Constitucional austríaco. Entre 1989 y 1996, Director de la Academia Federal de Administración Pública. Profesor Visitante, entre otras, de las Universidades de «Aix-en-Provence» y de Marsella

<sup>1</sup> TJCE 26/62, colección 1963, p. 1, epígrafe 10. Al respecto, por ejemplo, THOMAS VON DANWITZ, *Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration*, Tübingen, 1996, p. 105: esta sentencia constituye un «gran salto para el establecimiento de la Comunidad como un orden jurídico de nuevo tipo». El Juez alemán en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, GÜNTHER HIRSCH («Kompetenzenverteilung zwischen EuGH und nationaler Gerichtsbarkeit», en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1998, p. 907) habla de «big bang en la formación de la Comunidad como Comunidad jurídica».

Derecho comunitario de «hacerse valer» de forma directa, por sí mismo —y no sólo dentro de las limitadas atribuciones de los Tratados constitutivos<sup>2</sup>—, ante los individuos (personas naturales y jurídicas), es decir, de establecer relaciones jurídicas de aplicación directa entre el Estado y los individuos, pero también entre éstos mutuamente. Así, el Derecho comunitario reclama algo que, en principio<sup>3</sup>, hasta entonces había estado reservado al Derecho estatal. En eso ya no es un genuino Derecho internacional público. (Sin embargo, tampoco [aún no] es Derecho estatal, porque la Comunidad/Unión Europea [aún] no es un Estado, si bien, estructuralmente, el Derecho estatal es similar al clásico Derecho internacional público). En una segunda sentencia digna de mención —*Costa vs. ENEL*<sup>4</sup>—, el TJCE ya no se refiere más a un «nuevo ordenamiento jurídico» sino, decididamente, a un «ordenamiento jurídico propio», que «ha sido incorporado a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y es aplicado por sus Tribunales».

Esta formulación también denota cierta inseguridad. Pero, entretanto, con frecuencia se ha explicado su significado: el Derecho comunitario es un ordenamiento jurídico autónomo, que tiene en sí mismo el fundamento de su validez. Por lo tanto, surte eficacia en los territorios de los Estados miembros, al lado del Derecho interno, e independiente de éste. En tanto que resulta aplicable a los órganos de los Estados miembros, se utiliza como Derecho comunitario —y no como Derecho interno adaptado—. Al contrario de lo que sucede con el Derecho internacional, se requiere una adaptación o un mandato de aplicación especial o general del Derecho interno<sup>5</sup>, más o menos como el Derecho de la Federación precisa una transformación en Derecho de los *Länder*\* (Derecho cantonal) o un mandato de aplicación de este Derecho para poder conferir facultades y fijar obliga-

<sup>2</sup> En particular, art. 249 II del Tratado de la Comunidad Europea.

<sup>3</sup> Según el Derecho internacional público clásico, la atribución a una organización internacional de competencia normativa con «eficacia vinculante» inmediata para los individuos es una limitada excepción: vid., acaso, el ejemplo de la Comisión Europea del Danubio; otros ejemplos en GRILLER, *Die Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen*, Viena/Nueva York, 1989, pp. 200 ss. El Derecho comunitario europeo se diferencia de todos esos ejemplos, de nuevo, al caracterizarse por la pretensión de una eficacia propia frente a los individuos.

<sup>4</sup> Vid., al respecto, asimismo, nota 7.

<sup>5</sup> Sobre estos conceptos, WALTER RUDOLF, «Recht, innerstaatliches und Völkerrecht», en IGNAZ SEIDL-HOHENVELDERN, *Lexikon des Rechts – Völkerrecht*, 3.ª ed., Neuwied/Kriftel, 2001, pp. 313 ss., con numerosas citas; desde la perspectiva suiza, vid. NIKOLAS MICHEL, «L'imprégnation du droit étatique par l'ordre juridique international», en THÜRER/AUBERT/MÜLLER, *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich, 2001, pp. 63 ss., notas marginales 9 ss.

\* Tal y como he sostenido en otras ocasiones, considero que las palabras «Land», y su plural «Länder», no deben ser traducidas, ya que se refieren a una entidad territorial, administrativa y política, sin posible parangón en otros países. No obstante, se suele traducir como «Estado/s Federado/s» (*Nota del traductor*).

ciones a los ciudadanos de un *Land* (cantón), y resultar aplicable para los órganos de ese *Land* (Cantón)<sup>6</sup>. De tal modo, el Derecho comunitario «rige» en un Estado miembro de igual modo que el Derecho de la Federación rige en un Estado miembro<sup>7</sup> de un Estado Federal.

Como quiera que, por lo tanto, el círculo de destinatarios del Derecho comunitario coincide con aquel del Derecho nacional, se precisa una regla —de forma similar a como sucede en un Estado Federal—, que, en caso de conflicto, delimite la correspondiente validez, es decir, el ámbito de aplicación. El TJCE ha desarrollado como tal regla la *aplicación preferente* del Derecho comunitario: «a causa de su autonomía», las normas de carácter interno no pueden anteponerse al Derecho comunitario «sin que, al mismo tiempo, se rechace su propia naturaleza y deba cuestionarse la base jurídica de la Comunidad»<sup>7</sup>. Así, pues, «todo Juez estatal al que se acuda, en el marco de su competencia, estaría obligado a aplicar sin limitaciones el Derecho comunitario, y a tutelar los derechos que el mismo confiere a los particulares, dejando de aplicar toda posible norma contraria del Derecho nacional, siendo indiferente si se hubiera promulgado antes o después de la norma comunitaria»<sup>8-9</sup>.

Por tanto, el Derecho comunitario se aplica en los Estados miembros como Derecho comunitario. Al mismo tiempo, empero, se mezcla y entrelaza estrechamente con el Derecho estatal. Ello resulta de la peculiar *estructura competencial* de la UE y de la *delimitación de competencias frente a cada uno de los Estados miembros*<sup>10</sup>. Tomando en consideración todos sus aspectos, la UE está circunscrita a la creación jurídica (en el sentido de la elaboración de normas generales y abstractas), aunque la frontera entre la creación jurídica y la ejecución resulta menos pronunciada (aún)

<sup>6</sup> Al respecto, en detalle, THEO ÖHLINGER, «Verfassungsrechtliche Aspekte der Übernahme von Gemeinschaftsrecht und Unionsrecht in die österreichische Rechtsordnung», en HUMMEN/SCHWEITZER (eds.), *Österreich und das Recht der Europäischen Union*, Viena, 1996, pp. 169 ss. (171 s.).

\* El autor ya no emplea el término «*Land*» o «*Kanton*», sino «*Gliedstaat*» (Estado miembro) (*Nota del traductor*).

<sup>7</sup> TJCE, asunto 6/64, *Costa v. ENEL*, colección 1964, p. 1251, nota marginal 12.

<sup>8</sup> TJCE, asunto 106/77, *Simmenthal*, colección 1978, p. 629 (644). Al respecto, también MICHEL, *op. cit.*, nota marginal 37. (Puede consultarse el texto íntegro, en versión castellana, de las referidas sentencias del TJCE, así como de otras que, por diversas razones, han marcado los hitos de la formación y consolidación de la Comunidad Europea, en RICARDO ALONSO GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2.ª ed., Madrid, 2003. [*Nota del traductor*]).

<sup>9</sup> La aceptación de esta regla por parte de los tribunales de los Estados miembros precisa una posterior creación jurídica del TJCE con dimensión constitucional: el reconocimiento de los derechos fundamentales como principios no escritos del Derecho comunitario. Vid., al respecto, JOSEPH H. H. WEILER, *The Constitution of Europe*, Cambridge, 1999, p. 24.

<sup>10</sup> Al respecto, con más detalle, THEO ÖHLINGER/MICHAEL POTACS, *Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht*, 2.ª ed., Viena, 2001, pp. 89 ss.

en la UE que en algunos ordenamientos estatales. De todos modos, la UE no dispone de infraestructura administrativa alguna en los Estados miembros. Por ello, la aplicación del Derecho de la UE es, en su mayoría, una tarea de los Estados miembros. Al mismo tiempo, la mayor parte de las competencias de la UE son competencias concurrentes o compartidas: no excluyen una eventual actuación de los Estados miembros en el mismo campo. En tanto en cuanto la Comunidad no demande una de sus competencias (de creación jurídica), subsiste la capacidad normativa de los Estados miembros.

De todo ello se infiere que, en ningún caso, el Derecho comunitario se aísla de los órganos de los Estados miembros, a los que incumbe su ejecución, sino que, en todo caso, solamente podría aplicarse en estrecha interconexión con el Derecho estatal. El Derecho comunitario y el Derecho estatal se compenetran al máximo con ocasión de la específica aplicación.

En ese entrelazamiento, el Derecho comunitario repercute sobre todas las funciones estatales: ni la legislación, ni la jurisdicción, ni la administración pueden sustraerse a su influencia.

## 2. LA DEGRADACIÓN DEL PARLAMENTO

El legislativo está obligado a transponer el Derecho comunitario en Derecho estatal. Ya que, a pesar de su potencial cualidad, una parte del Derecho comunitario permanece residiendo en los Estados (miembros), y requiere primero una transposición en Derecho estatal para que resulte eficaz frente a los particulares. Esto es aplicable, sobre todo, a las Directivas<sup>11</sup>. Así, también, el Derecho comunitario se diferencia del Derecho estatal cuantitativamente, pero no cualitativamente, ya que éste, *strictu sensu*, tampoco es aplicable siempre de manera inmediata. Las Directivas del Derecho comunitario se parecen estructuralmente a las Leyes base o marco en los ordenamientos jurídicos de los Estados federales, que, asimismo, tampoco tienen eficacia directa<sup>12</sup>. Como leyes base sólo tienen una gran importancia cuantitativa en los Estados federales.

El TJCE ha desarrollado las reglas comunitarias sobre la precisa transposición del Derecho europeo<sup>13</sup>. Los Estados solamente conservan autonomía en un punto: determinan por sí mismos cuáles de sus órganos tienen que desempeñar la necesaria labor de transposición. Aquí se tiene en cuen-

<sup>11</sup> Vid. art. 249 III TCE.

<sup>12</sup> Así, en cualquier caso, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional austríaco sobre la tipología de las leyes base federales, conforme al artículo 12 de la B-VG: «eficacia directa» (según la terminología del TJCE) solamente la tienen las leyes de desarrollo de los *Länder*.

<sup>13</sup> Sobre ello, también detalladamente, ÖHLINGER/POTACS, *Gemeinschaftsrecht*, *op. cit.*, pp. 96 ss.

ta al legislador formal, es decir, el Parlamento, o —en los Estados federales— los Parlamentos, y los órganos del Ejecutivo.

En tanto que esa tarea —según la respectiva Constitución nacional— recaiga en el Parlamento, éste será el órgano encargado de la aplicación del Derecho comunitario. Aquí se produce, sin duda, un quebranto conceptual que no se compagina, sin más, con la noción tradicional de la representación nacional. Se piensa simplemente en aquella «soberanía del Parlamento», que tiene en cuenta la madre de todos los Parlamentos, el Parlamento inglés<sup>14</sup>, y que, de forma matizada, determina toda representación popular<sup>15</sup>.

### 3. LA DEGRADACIÓN DE LA LEY

#### A) El mito del Estado legislador

Sin embargo, quiero abordar aquí, no tanto esa *degradación del Parlamento*, cuanto, mucho más, una *degradación de su producto, la ley*. Desde luego, la ley tiene en nuestros ordenamientos constitucionales un doble aspecto: de una parte, es la *forma de las decisiones de la representación nacional*. Interpretada en atención a la idea de la representación, la ley aparece, de tal modo, como expresión de la voluntad popular. En ello estriba la esencia de una democracia parlamentaria o representativa<sup>16</sup>. Pero la ley supone, a la vez, la voluntad general, en el sentido de un orden normativo, finalmente determinado por la idea de la justicia, y de ahí resulta la frecuentemente invocada *majestad de la ley*<sup>17</sup>. Ello constituyó —así Wolfgang Mantel<sup>18</sup>— «mucho tiempo el *pathos* de la ley, que refiere, materializa y exterioriza razón y justicia, en el que, en virtud de la función relevadora del Parlamento, sean puestos en relación, en una óptima combinación, libertad e igualdad, Estado de Derecho y democracia».

<sup>14</sup> Al respecto, con todos los pormenores, THOMAS FLEINER, *Allgemeine Staatslehre*, 2.ª ed., Berlín/Heidelberg/Nueva York/Tokio, 1995, pp. 224 ss.

<sup>15</sup> Desde la perspectiva francesa, vid. sobre ello LOUIS DUBOUIS, «Der Einfluss der Europarechts auf die Entwicklung der Normenhierarchie in der französischen Rechtsordnung», en D. CLASSEN y otros (eds.), *In einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen...*, *Liber amicorum Thomas Oppermann*, Berlín, 2001, pp. 489 (496). También en el mismo lugar (pp. 491 ss.), sobre el «declive de la soberanía de la ley» bajo la influencia del Derecho europeo.

<sup>16</sup> Cfr. ADOLF JULIUS MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, reimposición, Darmstadt, 1969, p. 339; elemental, HANS KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, reimposición de la 2.ª edición, Aalen, 1963, pp. 26 ss.

<sup>17</sup> Cfr. WALTER LEISNER, *Krise des Gesetzes*, Berlín, 2001, pp. 34 ss., y 123 ss., quien, por cierto, diagnostica el ocaso de esa «majestad» en la avalancha legislativa actual.

<sup>18</sup> WOLFGANG MANTEL (ed.), *Effizienz der Gesetzesproduktion*, Viena, 1995, p. 48.

El legalismo tiene una larga y aún vigente tradición en todos los Estados europeo-continenciales<sup>19</sup>. Austria pertenece a aquellos países en los que la idea del Estado legislador es llevada al extremo, sin ambages. La Constitución federal reúne sus normas sobre la Justicia y la Administración bajo el título «Ejecución», y con ello ya se da a entender que se no se trata de funciones autónomas, sino dependientes, justamente de la ley; con más exactitud debe decirse: lo que se ejecutan son las leyes. En especial, es aplicable a la «Administración General del Estado», que «sólo puede ejercerse de acuerdo con las leyes»<sup>20</sup>. La estrecha vinculación a la ley está profundamente arraigada en la autocomprensión de la Administración y la Justicia austríacas. Al respecto, el Tribunal Constitucional exige que la facultad decisoria de la Administración, como también de la Judicatura, se regulen legalmente con detalle y exactitud, y anula las leyes, por inconstitucionalidad, si no cumplen suficientemente esas obligaciones y no son «lo bastante precisas»<sup>21</sup>. De tal modo, el legislador mismo (paradójicamente) está atado al mismo freno, también para cumplir íntegramente su tarea y no ser descuidado. Porque solamente a través de unas leyes suficientemente precisas —conforme a la interpretación basada en esa jurisprudencia— se hacen realidad la democracia y el Estado de Derecho<sup>22</sup>.

Se puede hablar no sólo de una majestad y un *pathos*, sino también de un mito de la ley.

Ese mito está siendo alterado de forma persistente por la UE. Esa alteración no tiene lugar simplemente y de forma primaria por el hecho de que, eventualmente, los Tribunales y los órganos de la Administración del Estado hayan aplicado el Derecho comunitario en lugar de las leyes estatales. En ese caso, la norma de Derecho comunitario, que por sí misma actúa como una «ley», en sentido material —por supuesto, como una ley con una consabida legitimación democrática atenuada—, que, precisamente, sin embargo, no es una «ley», en el sentido amplio de la palabra, y tampoco se denomina como tal en Derecho, sino como reglamento o directiva<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Vid., al respecto, HOFMANN/MARKO/MERLI/WIEDERIN (eds.), *Rechtsstaatlichkeit in Europa*, Heidelberg, 1996, en particular pp. 9 ss.

<sup>20</sup> Art. 18 I B-VG.

<sup>21</sup> Sobre ello, detalladamente, THEO ÖHLINGER, *Verfassungsrecht*, 4.<sup>a</sup> ed., Viena, 1999, notas marginales 580 ss.

<sup>22</sup> KURT EICHENBERGER, *Gesetzgebung im Rechtsstaat*, VVDStRL, núm. 40, 1982, pp. 7 ss. (10), lo ha reducido a la siguiente fórmula: «El Estado de Derecho democrático se realiza de forma definitiva en y con bastante legislación».

<sup>23</sup> Vid. art. 249 TCE. Por el contrario, proyectos constitucionales, como el que actualmente se está discutiendo en la Convención Constitucional de la UE, prevén —en relación con la ampliación de las facultades de concurrencia del Parlamento Europeo— también la denominación ley (loi, act) para los instrumentos jurídicos de la UE con vinculación directa.

## B) EL COMPLICADO ENCAJE DEL DERECHO COMUNITARIO Y EL DERECHO ESTATAL

El caso de que una determinada norma legal nacional se suprima y sustituya por una, así mismo, determinada y precisa disposición comunitaria —como tal, más bien, poco complicado y sin problemas—, sencillamente no es el caso normal. Lo habitual es que la relación entre el Derecho comunitario y el Derecho estatal se presente más intrincada y compleja. Incluso la cuestión de si, en general, una norma comunitaria con relevancia práctica es aplicable de forma directa, y hasta qué punto, y, en caso afirmativo, si con ello se suprime el Derecho estatal, y en qué medida, solamente está claro desde un principio cuando se trata de un reglamento comunitario: conforme al artículo 249 II TCE, tales reglamentos son aplicables de forma inmediata en cada Estado miembro. Las Directivas se transponen, como ya se ha dicho, en Derecho directamente aplicable en un concreto caso mediante leyes o reglamentos estatales. Aunque bajo determinadas condiciones, las Directivas se aplican de forma inmediata —a saber, cuando no tiene lugar la transposición mediante disposiciones jurídicas estatales, o ésta se produce (y es es el caso más corriente, a la par que más complicado) sólo de manera deficitaria, cuando se formulan suficientemente exactas e incondicionadas, y cuando favorecen a los particulares frente al Estado<sup>24</sup>—. Bajo cada uno de de esos tres aspectos pueden surgir dudas y cuestiones interpretativas difíciles<sup>25</sup>. Igualmente, el Derecho comunitario primario puede ser directamente aplicable. Por ello también existe la condición de un mínimo de precisión; con todo, aquí rige una medida trascendental. Solamente se haría mención a las libertades básicas que, según la jurisprudencia del TJCE, fundamentan directamente derechos y obligaciones de los individuos, por lo que son inmediatamente aplicables<sup>26</sup>.

Cuando un acto casuístico de Derecho comunitario no sea tan exacto para poder aplicarse directamente, el Derecho nacional correspondiente se *interpreta* en consonancia con el Derecho comunitario «lo más ampliamente posible». Así, el TJCE espera manifiestamente que los tribunales nacionales, y también las autoridades administrativas, no sólo interpreten el Derecho estatal hasta el límite máximo del sentido literal de la norma interna,

<sup>24</sup> También ésta es una creación jurídica del TJCE: básicamente asunto 41/74, *Van Duyn*, colección 1974, p. 1.337; asunto 148/78, *Ratti*, colección 1979, p. 1.629; asunto 8/81, *Becker*, colección 1982, pág. 1953; asunto 103/88, *Fratelli Costanzo*, colección 1989, p. 1.839.

<sup>25</sup> Respecto a las repercusiones de esta problemática sobre la vinculación de la Administración a las leyes, EBERHARD SCHMIDT-ABMANN, «Allgemeines Verwaltungsrecht in europäischer Perspektive», en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2000, pp. 159 (168) ss.

<sup>26</sup> Vid., por ejemplo, RUDOLF STREINZ, *Europarecht*, nota marginal 705.

o, más allá, conforme al Derecho comunitario, sino también, en ocasiones, que sea interpretado «a tal efecto»<sup>27</sup>.

Las dificultades que pueden resultar de esta actuación conjunta entre Derecho comunitario y Derecho estatal se explican en un ejemplo<sup>28</sup> —absolutamente cotidiano y nada espectacular—: una ley belga disponía que las empresas extranjeras que tuviesen actividad en Bélgica, siquiera fuese de manera temporal, tenían que pagar a sus trabajadores en este país el salario mínimo interprofesional previsto en los convenios colectivos belgas. En principio, una ley semejante —según el TJCE— no parece contraria a la libre circulación de servicios (art. 49 TCE). Con todo, las autoridades deberían verificar si la aplicación de esa ley en el caso concreto es necesaria y, por ende, proporcionada para la tutela del trabajador afectado. Este no sería el caso, pues, cuando, más o menos, la protección del trabajador en el Estado del domicilio empresarial sea equivalente, o cuando la aplicación de esa ley implique un elevado y desproporcionado coste administrativo —por ejemplo, porque el trabajador afectado desarrollase su tarea, parte en un Estado, parte en el otro—. Lo que aquí pretende el TJCE de una autoridad estatal, o, mejor dicho, a lo que le habilita, no es otra cosa que restringir el campo de validez de una ley estatal según criterios para los cuales, de una parte, apenas se pueden encontrar puntos de partida en la misma ley, y, de otra parte, tampoco se pueden deducir del Derecho comunitario sino con mucha fantasía. Expuesto de forma exagerada: el TJCE pretende del juez nacional y, a su vez, de una autoridad administrativa nacional, que, frente a una disposición legal clara, haga uso de su propia fantasía.

La actuación conjunta entre Derecho comunitario y Derecho nacional es, por ello, muy exigente para los tribunales y órganos administrativos estatales. A la exigencia constitucional de sometimiento a la ley del pronunciamiento judicial y de la decisión administrativa —en Austria, art. 18 B-VG<sup>29</sup>— «le han seguido ya apenas derechos en cascada limitativos, de diversa procedencia y discutible validez, respecto a los que el juez y el funcionario de la Administración tienen que averiguar el contenido jurídico decisivo para el caso concreto»<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Esto se aprecia claramente en uno de los *leading cases* sobre la doctrina de la interpretación conforme al Derecho comunitario —TJCE, asunto *Marleasing*, C-106/89, colección 1990, I-4135—. Lo que aquí exigía el TJCE a un tribunal español no es más interpretación, en un sentido tradicional. Así, acertado, MARTIN SCHWAB, «Der Dialog zwischen dem EuGH und nationalen Exegeten bei der Auslegung von Gemeinschaftsrecht und angeleglichem Recht», *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 2000, pp. 446 ss. (471).

<sup>28</sup> TJCE, asunto *André Mazzoleni*, C-165/98, colección 2001, I-0.

<sup>29</sup> Vid., antes, nota 20.

<sup>30</sup> PETER PERNTHALER, «Die Herrschaft der Richter im Recht ohne Staat», *Juristische Blätter*, 2000, pp. 691 (700).

En lo que hace al Derecho estatal, con frecuencia se perjudica su conjunción con el Derecho comunitario por la insuficiencia de medidas de transposición de parte del legislativo. Así, los tribunales y autoridades administrativas deben suplir la función de transposición que realmente corresponde al legislador.

Pero también específicas características del Derecho comunitario dificultan el ejercicio de esa actuación conjunta. El Derecho comunitario es sumamente intrincado y difícilmente comprensible<sup>31</sup>. Su carácter asistemático sobrepasa el de los Derechos estatales, por lo que es posible que sea complicado, ora por su mayor extensión e incremento —en virtud del requisito de su transposición en Derecho estatal—, ora, también, por su falta de claridad<sup>32</sup>. La impresión que el Derecho comunitario —entonces ya ampliamente desarrollado— causó sobre los juristas de un Estado miembro incorporado en las negociaciones para la adhesión, ilustra la siguiente declaración de un magistrado constitucional austríaco: que sea «un conglomerado inconsistente, estructurado de forma completamente diversa, que con frecuencia entra en detalle muy a fondo en regulaciones de enorme trascendencia. En parte, presenta directamente un recelo que suscita el incomprensible ejemplo de la regulación detallista y excesiva»<sup>33</sup>.

Además, el Derecho comunitario siempre se formula en otro idioma que el Derecho estatal. Teóricamente, una disposición del Derecho comunitario se aplica de igual forma en todos (actualmente once)\* los idiomas oficiales, que, al principio, integran en su conjunto el texto válido de la norma. Huelga decir que es una ilusión esperar que los órganos nacionales cuenten con conocimientos de idiomas a un nivel considerable, con el que pudieran satisfacer la exigencia implícita. La imposibilidad práctica de verificar y comprender exactamente el idioma en que está redactada la norma, ha dado lugar en el Derecho comunitario, en general, a una «devaluación del componente lingüístico del Derecho». De ello aún resulta que la —por regla general, únicamente utilizada por los órganos nacionales— redacción de las directivas y reglamentos comunitarios en el idioma nacional, en base a su proceso de formación (traducción de los textos originales en francés o inglés por un traductor con una probablemente exigua formación jurídica),

<sup>31</sup> Sobre la difícil comprensión del Derecho comunitario, vid. las críticas obervaciones desde el punto de vista de un legislador (de un *Land*) austríaco: HANNES MÜLLER, «Allgemeine Umsetzungsprobleme des EU-Rechts auf Landesebene», en PERNTHALER (dir.), *Auswirkungen des EU-Rechts auf die Länder*, Viena, 1999, pp. 27 ss. (31 ss.).

<sup>32</sup> Ejemplos ilustrativos, desde la perspectiva del Derecho administrativo austríaco, en BERNHARD RASCHAUER, «Von der Verwaltungsverträglichkeit der Rechtsdogmatik», *Festschrift für Walter Leisner*, Berlín, 1999, pp. 897 ss. (902 ss.).

<sup>33</sup> KARL KORINEK, «Legalitätsprinzip als Hindernis für die Wirtschaft?», en *Entwicklungen im Management*, *Festschrift für Herbert Kraus*, Viena, 1993, p. 125 (128).

\* Tras la ampliación de la Unión Europea, con la incorporación de diez nuevos países, el día 1 de mayo de 2004, los idiomas oficiales han pasado a ser veinte (*Nota del traductor*).

a menudo es de una calidad lingüística que todavía queda muy por debajo de la calidad exigida normalmente en las leyes nacionales. Sea como fuere, esto es válido para las versiones en alemán. Probablemente no exista acontecimiento alguno que haya hecho sucumbir los numerosos esfuerzos en la mejora lingüística de las leyes austríacas —también Thomas Fleiner ha hecho su colaboración al respecto<sup>34</sup>— desde mediados de los años noventa del siglo pasado (Austria es, desde el 1 de enero de 1995, miembro de la UE). Qué son también esas pequeñísimas faltas en torno a la formulación de las leyes austríacas, cuando, así y todo, son eliminadas de diversas maneras por las normas jurídicas de la UE, respecto a cuya (mucho peor) cualidad lingüística apenas pueden influir los juristas austríacos.

#### 4. LA REVALORIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES

Todo ello son factores que provocan un aflojamiento de la vinculación de los Tribunales y también de los órganos administrativos<sup>35</sup> al Derecho preestablecido («positivo»). En la terminología de la teoría pura del Derecho<sup>36</sup>: los componentes heterónomos de la aplicación jurídica en el caso particular se desplazan a favor de los componentes autónomos. O, dicho en otras palabras: la aplicación jurídica judicial tiende a la desvinculación; cada jurisprudencia incrementa el componente inmanente de creación jurídica.

Esa tendencia se intensifica siguiendo el *modelo del TJCE*: las características estructurales esenciales, al igual que el contenido, del Derecho comunitario son establecidas, en primer término, por su jurisprudencia. Qué fascinación ejerce ese estilo jurisprudencial sobre los tribunales nacionales lo ilustra la siguiente manifestación de un (ya citado con anterioridad) magistrado constitucional<sup>37</sup>: «estoy convencido de que [...] tanto el amplio significado de la jurisprudencia (del TJCE) cuanto la aceptación (de aquél) de una competencia para el perfeccionamiento jurídico, no han de quedar sin

<sup>34</sup> Vid., por ejemplo, FLEINER, «Entwurf und Gestaltung von Gesetzesnormen», en G. WINKLER/B. SCHILCHER, *Gesetzgebung*, Viena, 1981, pp. 137 ss. (un artículo para un simposio en el palacio Retzhof bei Graz). El libro de THOMAS FLEINER, *Wie soll man Gesetze schreiben?*, Berna/Stuttgart, 1985, fue básico en los seminarios que, entre 1990 y 1995, tuvieron lugar en la (entonces dirigida por mí) *Verwaltungsakademie des Bundes*, en Viena, en la que el mismo Thomas Fleiner colaboró en una ocasión.

<sup>35</sup> Al respecto, detalladamente, RASCHAUER, «Von der Verwaltungsverträglichkeit...», *op. cit.*, pp. 909 ss. La problemática específica de los órganos administrativos no puede ser abordada aquí con más extensión.

<sup>36</sup> HANS Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., Viena, 1960, pp. 247 ss.

<sup>37</sup> KARL KORINEK, «Die Bedeutung der Mitgliedschaft Österreichs bei der Europäischen Union für die Rechtswissenschaft und die Rechtspraxis», en BERNAT/BÖHLER/WEILINGER (eds.), *Festschrift für Heinz Krejci*, Viena, 2001, pp. 71 ss. (76 ss.).

repercusión sobre la más alta judicatura en Austria. La relativamente rigurosa comprensión de la jurisprudencia que predomina entre nosotros, que acentúa con extraordinaria fuerza la función de conocimiento jurídico frente a la de creación jurídica, se moderará tarde o temprano. [...] Ya se registran los primeros pasos en el sentido que se pronostica»<sup>38</sup>.

En efecto, nunca más se puede renunciar a un cierto papel dinámico de los jueces<sup>39</sup>, en atención a la situación del Derecho establecido —integrado, de forma compleja y desestructurada, por las leyes y reglamentos nacionales, así como por el Derecho comunitario primario, Directivas y Reglamentos—.

Pero, no sólo son los tribunales de más alto rango aquellos cuya posición se ha revalorizado frente al legislador en virtud del Derecho comunitario. La primacía en la aplicación del Derecho comunitario exige que cada tribunal compruebe, en un caso concreto, la conformidad del Derecho estatal aplicable con el (igualmente relevante para el caso) Derecho comunitario. Así, se confiere a todos los tribunales una competencia de control normativo. Esto contrasta con el principio típico de los sistemas jurídicos europeo-continenciales, que —de tal suerte, una formulación de la Constitución austríaca (art. 89)— «el control de la validez de las leyes debidamente promulgadas no corresponde a los tribunales»<sup>40</sup>. En efecto, hoy la mayoría de los Estados europeos continentales poseen un sistema jurisdic-

<sup>38</sup> Un paso tal —sólo más tarde señalado, pero especialmente significativo— es la siguiente sentencia del Tribunal Constitucional austríaco: la Comisión de Control de las Telecomunicaciones, competente para la regulación en el campo del Derecho de las telecomunicaciones, en un órgano colegial independiente, «con competencia jurisdiccional», cuyas decisiones, conforme al artículo 133 Z de la Constitución, no pueden ser impugnadas ante el Tribunal Supremo Contencioso-Administrativo (VwGH). Una Directiva (97/51/EU), no obstante, exige que los Estados miembros garanticen un procedimiento adecuado que reconozca el derecho de la parte afectada por una resolución de la autoridad reguladora nacional, a formular una queja frente a las resoluciones de las autoridades reguladoras. El Tribunal Constitucional ha inferido de esa Directiva la supresión de la regla constitucional citada, contenida en el artículo 133 Z 4 de la Constitución, pasando por alto el Derecho constitucional, basándose en el Derecho comunitario. Es evidente que debe esperar que el TJCE no le ayude: el VwGH, ahora competente, ha planteado ante este mismo una cuestión prejudicial. Aún (15.12.2002) no ha tenido lugar la resolución del TJCE, si bien el Abogado General ya se ha pronunciado de acuerdo con el VwGH, en el sentido de que no puede deducirse de la citada Directiva la conclusión del Tribunal Constitucional (Conclusión del Abogado General L.A. Geelhoed de 13.12.2001, asunto C-462/99: la primacía del Derecho comunitario no abarca las reglas estatales internas sobre atribución de competencias). «El sistema establecido por la Constitución austríaca es [...] totalmente claro y no es susceptible de interpretación alguna». ¿Estamos, pues, ante un ejemplo de precipitado sometimiento de un Tribunal Constitucional nacional al Derecho comunitario?

<sup>39</sup> Vid. PERNTHALER, «Die Herrschaft der Richter...», *op. cit.*, p. 700: el juez, y no el legislador, personifica el elemento dinámico en el «Derecho sin Estado».

<sup>40</sup> El texto reformado en 1975 de esa formulación —procedente de la Constitución monárquica de 1867— extiende también esa prohibición a los reglamentos y a los tratados internacionales. De este modo, por cierto, toma la prohibición, en suma, un poco de su *pathos*.

cional de revisión de las leyes. Sin embargo, lo concentran en un tribunal especial: en un tribunal constitucional<sup>41-42</sup>. En una serie de países europeos se excluye generalmente un control judicial de las leyes (así, en Gran Bretaña, pero también en los Países Bajos).

Por el contrario, el Derecho europeo autoriza y obliga a todos los tribunales de los Estados miembros a verificar el Derecho interno —con inclusión de las leyes estatales, y aun de las Constituciones estatales— en la medida del Derecho comunitario, y, en caso de contradicción, a dejar de aplicarlo. Aún cuando, por ello, las cuestiones sobre la interpretación del Derecho comunitario correspondiente desempeñen un papel, sólo liga al tribunal estatal —en procedimientos prejudiciales (art. 234 TCE)— una colaboración con el TJCE.

En su mayor parte son decisiones prejudiciales que han desarrollado e impulsado la antes esbozada «constitucionalización» de la UE<sup>43</sup>, y esas decisiones prejudiciales se han dictado, nuevamente en su mayoría, a solicitud de los tribunales nacionales de instancia —frente a los Parlamentos y Gobiernos de los Estados miembros, y, ocasionalmente, acaso también, a sus intenciones e intereses<sup>44</sup>—. Porque, al mismo tiempo, los tribunales estatales difícilmente pueden concebirse como «agentes» de los Estados<sup>45</sup>.

La facultad de revisar el Derecho estatal en contraste con el Derecho comunitario, y de anularlo, como contrario al mismo, de forma autónoma o en cooperación con el TJCE, ha revalorizado muy considerablemente, en cualquier caso, la posición de los tribunales —y aquí, de nuevo, ante todo, de los tribunales de instancia— frente al legislador y a la ley. En colabora-

<sup>41</sup> El denominado modelo austríaco —porque fue instaurado por vez primera en el Tribunal Constitucional austríaco de 1920— o europeo; al respecto, ÓHLINGER, «Die Entstehung und Entfaltung des österreichischen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit», en FUNF e.a. (eds.), *Der Rechtsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Ludwig Adamovich*, Viena, 2002, pp. 581 ss.

<sup>42</sup> Una excepción son los países escandinavos (Noruega, Dinamarca y Suecia): allí —de forma similar a los EE.UU.— todos los tribunales pueden comprobar la constitucionalidad de las leyes y, si se diera el caso, no aplicarlas. Sin embargo, los tribunales escandinavos solamente hacen uso de ello muy raramente. Un caso peculiar lo constituye Suiza: la Constitución federal excluye el control judicial de las leyes federales, pero, no obstante, en el ámbito del control de las leyes cantonales en relación con los derechos fundamentales, Suiza cuenta con una «larga y gloriosa tradición de jurisprudencia constitucional»; vid. WALTER KÄLIN, «Verfassungsgerichtsbarkeit», en THÜRER/AUBERT/MÜLLER, *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich, 2001, p. 1.167.

<sup>43</sup> Vid. *supra* 1. Cfr. también WEILER, *The Constitution of...*, *op. cit.*, pp. 10 ss.

<sup>44</sup> Cfr. también, al respecto, WEILER, *op. cit.*, pp. 31 ss.

<sup>45</sup> Cfr. el análisis empírico de STACY A. NYICOS, *The European Court of Justice and National Courts: Strategic Interaction within the EU Judicial Process*, <http://pro.harvard.edu/abstracts/026/026002NyicosStac.htm>, 3.12.2002; Nyicos puede mostrar que los tribunales estatales, en el marco del procedimiento prejudicial, no persiguen intereses de los Estados respectivos, sino, en cuanto actúan estratégicamente al respecto (dentro del Derecho establecido), propios intereses institucionales («i.e. increased power within their judicial systems»).

ción con el TJCE, en especial, también los tribunales de instancia se podrían «emancipar en Derecho europeo»<sup>46</sup>, no sólo de los Gobiernos (incluso de la legislación), sino también de sus propias instancias superiores.

## 5. LA «AMERICANIZACIÓN» DEL DERECHO EUROPEO

Con la atribución de competencias a todos los tribunales para que examinen el Derecho de rango legal, en contraste con el Derecho comunitario —que, por eso mismo, es un Derecho de rango superior—, y, en caso de conflicto, declaren su nulidad, el Derecho de la UE sigue el ejemplo de los tribunales norteamericanos, que desde *Marbury v. Madison* (1803) tienen la facultad de revisar el Derecho de rango legal en la medida de la Constitución federal y, en caso necesario, de ignorarlo. De ahí resulta ya una «americanización del Derecho europeo». Pero llega aún más lejos y profundo.

Teniendo en cuenta la complejidad e inconmesurabilidad del Derecho «positivo» (en el sentido de establecido) vigente, resultante de la combinación con el Derecho comunitario, aumentan, a la par, los momentos aleatorios ínsitos a cada proceso de creación jurídica. Actualmente, es enorme la probabilidad de obtener una resolución inesperada, sin una previsión clara en texto legal alguno, como lo demuestran las habituales sentencias espectaculares del TJCE, o también de tribunales nacionales (fundadas en Derecho comunitario). Tales sentencias favorecen, a su vez, la propensión a poner en duda cualquier disposición o práctica jurídica tradicional de carácter nacional, invocando el Derecho comunitario —una tendencia que es muy pronunciada en Austria, y que, en ocasiones, produce raros «florones»<sup>47</sup>—.

En ello se puede ver una «americanización estructural del Derecho europeo continental». El papel de los tribunales cambia. De órganos de ejecución<sup>48</sup> (esencialmente, del Derecho creado por el Parlamento), que «aplican», llegan a aquel punto en el que el Derecho —con la sólida ayuda material, en ocasiones, sin duda, costosa, de los abogados<sup>49</sup>— «se halla»

<sup>46</sup> Así, PERNTHALER, «Die Herrschaft der Richter...», *op. cit.*, pp. 697 ss.

<sup>47</sup> Así, en la primera demanda prejudicial planteada por un tribunal austríaco, el Tribunal Supremo, fue cuestionada la pena de cadena perpetua impuesta por un delito de asesinato, al amparo del derecho a la libertad de circulación de las personas, garantizado por el artículo 39 del TCE a los ciudadanos de la Unión.

<sup>48</sup> Vid., *supra*, 3.1.

<sup>49</sup> Acerca de una «americanización del comportamiento de los abogados», tomando como muestra las experiencias suiza y austríaca, vid. (críticamente) WILLIBALD POSCH, «“Amerikanisierung” oder “Verwilderung der Sitten”?», en D.-A. SIMOTTA (ed.), *Der Zivilprozess zu Beginn des 21. Jahrhunderts*, Viena, 2002, pp. 209 ss. Críticamente también, FLEINER, *Allgemeine Staatslehre*, *op. cit.*, pp. 44 ss.

en gestación (y precisamente, no sólo en su connotación jurídica, sino también en el más amplio sentido de la palabra). Thomas Fleiner, en sus *Car-do-zeo-Letters*<sup>50</sup>, ha descrito enfáticamente esa americanización de la comprensión del Derecho: «las leyes no le dicen a uno, como nosotros, lo que es el Derecho, son sólo reglas de juego accesorias, que deben seguir el ajedrecista y las partes neutrales en el juego de ajedrez. No obstante, solamente el Derecho es siempre la posición final en la casilla del tablero de ajedrez. [...]. Los tribunales son la formalización institucional del *Rule of Law*». (Salvo algunas notas críticas, Thomas Fleiner celebra que esa concepción del Derecho también llegue, paulatinamente, a Europa).

Por último, así, *se modifica el concepto de Derecho*: la tradicional equiparación euro-continental entre Derecho y ley (ciertamente, en un sentido lato, amplio, de ley, formal y material) —en ningún caso del todo aceptable, en el plano teórico-jurídico<sup>51</sup>— tampoco es válida ya desde un punto de vista prágmatco.

A primera vista, resulta paradójica esa americanización del Derecho europeo (continental) en virtud del Derecho comunitario, en cuanto que la integración europea consiste en un proyecto por el que Europa quiere afirmarse frente a EE.UU., no sólo económicamente, sino también (en el más amplio sentido) culturalmente. Que esa americanización, sin embargo, no fue totalmente imprevista lo explica una declaración de Walter Hallstein, uno de los padres fundadores de la CEE: «cuando instauramos el Tribunal de Justicia Europeo, tuvimos presente una ambiciosa esperanza: coronar la estructura constitucional de la Comunidad con un alto tribunal, que, en el más completo sentido de la palabra, fuera un órgano constitucional, un tribunal como la Corte Suprema norteamericana en su época gloriosa, bajo el *Chief Justice* John Marshall, en cuyo mandato la Constitución de los Estados Unidos, apenas esbozada documentalmente, adquirió contenido y firmeza en la práctica jurídica. La evolución de nuestra Comunidad no es concebible sin la independiente, precisa, concreta, ajustada e integradora, en pocas palabras, brillante obra de nuestro Tribunal de Justicia»<sup>52</sup>. Es evi-

<sup>50</sup> Publicadas en: *Institut für Föderalismus der Universität Freiburg*, Informe Anual de 1 agosto 1995 a 31 julio 1996, pp. 37 ss. (47 s.). La concepción americana del *Rule of Law* y su distinción del Estado de Derecho europeo fue también objeto del coloquio en *Dissentis*, en mayo de 1998, con motivo del 60 aniversario de Thomas Fleiner. Vid., al respecto, P. HÄBERLE/J. P. MÜLLER (dirs.), *Menschenrechte und Bürgerrechte in einer vielgestaltigen Welt*, Basilea/Ginebra/Munich, 2000, pp. 35 ss.

<sup>51</sup> Cfr. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, *op. cit.*, pp. 241 ss.

<sup>52</sup> W. HALLSTEIN, *Die Europäische Gemeinschaft*, 5.ª ed., Düsseldorf/Viena, 1979, p. 110. Acerca del desempeño de ese papel del TJCE, como Tribunal Constitucional, vid., críticamente, PERNTHALER, «Die Herrschaft der Richter...», *op. cit.*, pp. 693 ss.: por ello, el TJCE sigue, más bien, el estilo interpretativo y la comprensión jurídica de la jurisdicción francesa, que tienen su origen en la idea de un Derecho escrito, vacío y sin contradicciones, y en la concepción de los jueces como órganos de un sistema legalista.

dente que esta imitación del paradigma norteamericano se puede limitar, si bien no en el nivel más alto del Derecho europeo —en el sentido estricto del Derecho comunitario, y en el sentido amplio que también incluye los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros—.

## 6. CONCLUSIÓN FINAL

En la actualidad, la Unión Europea se encuentra en una encrucijada. No se excluye —precisamente, por la inminente gran ronda de ampliación\*— que la dinámica de la evolución precedente no sólo se modere, sino incluso se invierta, y que, de nuevo, Europa retroceda a una zona de libre comercio. Si Europa quiere conservar su postura integracionista en una Unión de 25 o más miembros, entonces hace falta una *Constitución* que mantenga claramente ese estado de integración ajeno a las disputas y lo solidifique —como ya se ha dicho, apoyándose de forma relevante solamente en la judicatura—. Porque una Constitución semejante —a pesar de la Convención y su asombroso dinamismo— todavía no es segura, en modo alguno (en diciembre 2002), solamente me he dedicado a mi tema de forma tardía. ¿El proceso que aquí se ha bosquejado, se convertirá pronto en algo pasado? Opino que no.

Aun cuando la integración europea perdiese su inmanente dinamismo, ese cambio de la estructura jurídica de los Estados europeos ya no tiene vuelta atrás. Siempre ha sido más ideología que realidad que en el continente europeo los jueces sólo apliquen la ley, y no hagan nada más. Bajo la influencia del Derecho comunitario europeo, se ha reforzado el componente de creación jurídica inherente a toda jurisprudencia, alcanzando, así, cotas ilimitadas. Pero también existen otros factores —tanto jurídicos, como fácticos— que revalorizan el papel de los jueces en los sistemas jurídicos continentales. Baste mencionar el dinamismo de la jurisprudencia de algunos Tribunales Constitucionales nacionales, así como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: en virtud de esos tribunales, la idea de las libertades fundamentales y los derechos humanos ha experimentado una inmensa potenciación, a veces frente a la resistencia de los órganos legislativos<sup>53</sup> —una evolución que, dicho sea de paso, tampoco hubiera sido imaginable sin el ejemplo de los tribunales americanos, en particular de la *Supreme Court*—. Otro factor muy distinto es la progresiva concreción y complicación de la realidad comunitaria que exige en demasía la frecuente

\* La ampliación de la Unión Europea, con la incorporación de diez nuevos países, ha tenido lugar el pasado 1 de mayo de 2004, con ocasión de la cumbre de Dublín (*Nota del traductor*).

<sup>53</sup> Al respecto, también ÖHLINGER, «Du gouvernement par l'administration au gouvernement par les juges», *Mélanges Patrice Gélard*, París, 1999, pp. 435 ss. (440 s.).

previsión del legislador. También bajo ese aspecto, es de esperar una compensación de los tribunales a la insuficiencia legislativa.

Ello no puede suponer, desde luego, que la ley haya perdido por completo su importante función democrática y de Estado de Derecho. No obstante, hay que precisar nuevamente, tanto en la teoría como en la práctica, la combinación entre la ley y el juez en la realización del Derecho, en contra de un modelo de ejecución demasiado sencillo y ajeno a la realidad.

(Traducción del alemán: DAVID GARCÍA PAZOS\*).

---

\* Doctor en Derecho. Universidad Complutense de Madrid. Abogado.