

LA *CROSS-FERTILISATION* Y LA FORMACIÓN DEL PARADIGMA COMUNITARIO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: «EL ESQUEMA DE LA CRISIS»

ANTONIO LAZARI*

- I. EL EXPERIMENTO EUROPEO: LA DEFINICIÓN DE UN NUEVO PARADIGMA DE ANÁLISIS
- II. LA *NOVITAS* CULTURAL INTRODUCIDA POR EL PARADIGMA COMUNITARIO
- III. EL «MOVIMIENTO PENDULAR» HACIA EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR VULNERACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO
- IV. «*¡SIN EMBARGO SE MUEVE!*»: LA PROCLAMACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR FALTA DE TRANSPOSICIÓN DE UNA DIRECTIVA COMUNITARIA
- V. DE GALILEO A NEWTON: EL ANÁLISIS DE LAS INTERACCIONES ENTRE SISTEMAS JURÍDICOS
 1. LA FASE ASCENDENTE DE LA *CROSS-FERTILISATION*: EL ESQUEMA-FACTORTAME BASADO EN LOS REQUISITOS DE LA *FAUTE DE SERVICE* FRANCESA Y DE LA *SCHUTZNORM-THEORIE* ALEMANA
 2. LA FASE DESCENDENTE DE LA *CROSS-FERTILISATION*: LA ACTIVACIÓN DE UN PROCESO DE INTERACCIÓN ENTRE SISTEMAS JUDICIALES
- VI. «EL ESQUEMA DE LA CRISIS» Y LA FORMACIÓN DEL NUEVO PARADIGMA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

* Doctor Investigador – Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

«El tránsito [la crisis] consiste pues en dos rudas operaciones: una, desprenderse de aquella ubre que amamantaba nuestra vida —no se olvide que nuestra vida vive siempre de una interpretación del Universo— y otra, disponer su mente para agarrarse a la nueva ubre, esto es, irse habituando a otra perspectiva vital, a ver otras cosas y atenerse a ellas»¹.

J. ORTEGA Y GASSET

I. EL EXPERIMENTO EUROPEO: LA DEFINICIÓN DE UN NUEVO PARADIGMA DE ANÁLISIS

Parece que observando durante un oficio religioso el movimiento oscilatorio de la lámpara de la Catedral de Pisa, Galileo en 1602 se percató de la notable regularidad del balanceo, exclamando «*¡sin embargo se mueve!*». De la norma física del isocronismo infirió también el alcance de la ley de la gravedad y la nueva configuración del universo. En el panorama jurídico europeo el balanceo, generado por determinadas sentencias en tema de responsabilidad del Estado², permite deducir un cambio radical en la propia configuración conceptual del Derecho, y del Derecho Comunitario en especial. También en este campo el movimiento indica a contraluz una sustancial modificación de determinadas concepciones tradicionales. Sin embargo, el estudio del movimiento isocrónico no puede

¹ J. ORTEGA Y GASSET, *En torno a Galileo (esquema de las crisis)*, Revista de Occidente en Alianza Editorial, Madrid, 1982, 76.

² Contrarias a la implantación del principio de responsabilidad del Estado por actos del legislador nacional son, por ejemplo, las sentencias della Corte di Cassazione italiana n. 10617/95, en *Resp. civ. prev.*, 1996, 309 ss., con nota de R. CARANTA, «In materia di conseguenze della mancata trasposizione di una direttiva comunitaria nell'ordinamento italiano»; en *Foro it.*, 1996, I, 503 ss., con nota de E. SCODITTI, *Profili di responsabilità civile per mancata attuazione di direttiva comunitaria: il caso 'Franco-vich' in Cassazione*; y en *Danno e resp.*, 1996, 2, 96 ss., con nota de G. ROSCIONI; y abril de 2003, n.º 4915, en *Danno resp.*, 2003, 720 ss.; y en *Foro it.*, 2003, I, 2015 ss. En línea con el paradigma comunitario son, al contrario, las sentencias recientes del Tribunal Supremo español 10 y 12 junio de 2003; la decisión de la *House of Lords*, 28 octubre 1999, en *Danno e Responsabilità*, 2000, 1187-1202, con nota de A. LAZARI, *La responsabilità dello Stato legislatore in Inghilterra: la rivoluzione della cross-fertilisation*; J. JIMÉNEZ GONZÁLEZ, «La aceptación por la Cámara de los Lores de la responsabilidad patrimonial del Reino Unido en el asunto Factortame», en *Rev. Der. Comun. Europ.*, 2000, 195 ss.

completar exhaustivamente el estudio del sistema solar: es fundamental investigar la influencia recíproca de las rotaciones de cada planeta. A Galileo sucede Newton (el pisano muere en el año de nacimiento del inglés): a la importancia de la declaración de un principio sigue el análisis de la interrelación entre entidades. Al descubrimiento de la importancia del nuevo paradigma de responsabilidad del Estado por violación del Derecho Comunitario sigue la necesaria interrelación entre el sistema jurídico comunitario y los ordenamientos jurídicos nacionales. La reciprocidad de la fuerza gravitacional aplicada a los cuerpos celestes se traduce en la *cross-fertilisation* en ámbito jurídico³. La construcción política de Europa presenta unas singularidades que la diferencia de todos los proyectos de construcción nacional. Ella también nace en las postrimerías de una Guerra Civil (Europea), como la mayoría de las entidades estatales, pero con las primeras comunidades europeas y con la actual Unión Europea no se pretende la eliminación de una entidad antigua por una nueva. Es más. El «experimento comunitario» se basa en el concepto de integración entre ordenamientos, comunitario y nacional, antitético a la estructura piramidal kelseniana⁴. Por lo demás, es la fenomenología de la experiencia comunitaria que conduce el análisis jurídico hacia una nueva dirección de investigación. A primera vista puede parecer una paradoja que se estructure «el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa» no «*en vez de*», sino «*en conjunción*» con las Constituciones nacionales⁵. El predicado de una Constitución soberana es su exclusividad. La Constitución europea surge, sin embargo, en coincidencia y gracias al vigor de otras constituciones. No sólo no abroga las constituciones nacionales, sino que las presupone.

Para entender su novedad hay que partir del presupuesto que la integración europea en su conjunto es un proceso cuya dinámica resulta de la tensión entre interestatalidad y supraestatalidad, un movimiento que protagonizan los Estados y que, al mismo tiempo, los supera. Es el concepto de *Aufhebung* hegeliano: superación crítica de una idea o una creencia. El campo de juego de esta dinámica es el ámbito del Derecho, la

³ Se remite a A. LAZARI, «La responsabilità dello Stato legislatore in Inghilterra: la rivoluzione della cross-fertilisation», en *Danno e responsabilità*, 2000, pp. 1187 ss.

⁴ M. CARTABIA – J. H. H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, il Mulino, Bologna, 2000, 173 ss.

⁵ Cfr. E. SCODITTI, *Articolare le Costituzioni. L'Europa come ordinamento giuridico integrato*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004, 189 ss.

*forza gentile del diritto*⁶. Veremos cómo esta dinámica connota también la propia gestación del principio de responsabilidad del Estado miembro por vulneración del Derecho Comunitario (primera parte «galileiana» del estudio del movimiento) y cómo este pilar básico es objeto de recíprocas relaciones entre el sistema comunitario y los nacionales (segunda parte «newtoniana» del estudio de la *cross-fertilisation*).

El trabajo tratará de analizar, en primer lugar, el proceloso camino hacia la declaración jurisprudencial de la responsabilidad del legislador nacional por vulneración del Derecho Comunitario; en segundo lugar, la modalidades de difusión del principio de responsabilidad mediante el fenómeno de *cross-fertilisation*, es decir a través del intercambio cultural del paradigma comunitario (de manera que el ilícito comunitario se configure «as an **hybrid** of Community and national rules»⁷); y, finalmente, la resistencia de los modelos nacionales hacia el emergente paradigma comunitario. Se pretende, asimismo, no sólo abordar el tema específicamente jurídico de la responsabilidad del Estado por vulneración del Derecho Comunitario, sino explorar desde una perspectiva diacrónica cuáles han sido los instrumentos utilizados por los organismos comunitarios - el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas *in primis* - para «juridificar»⁸ un terreno de fondo típicamente político, como es la actividad del legislador nacional. En definitiva, el Estado de Derecho Comunitario⁹ trata de someter la norma comunitaria (*reason*) a la

⁶ T. PADOA SCHIOPPA, *Europa, forza gentile*, il Mulino, Bologna, 2001.

⁷ B. HOSKINS, *Rebirth of the Innominate Torts?*, en AA.VV., *New Directions in European Public Law*, Hart Publisher, Oxford, 1998, 92.

⁸ Acerca de la controvertida necesidad de fomentar las herramientas del Derecho en ámbito internacional, cfr. por último F. VALLESPÍN, *El futuro de la política*, Taurus, Madrid, 2000; R. KAGAN, *Poder y debilidad. Europa y Estados Unidos en el nuevo orden mundial*, Taurus, Madrid, 2003; D. ZOLO, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, Laterza, 2004; A. CLARK AREND, *Legal Rules and International Society* OUP, New Cork, 2000; L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, *La provincia del Derecho Internacional*, Dykinson, Madrid, 2004.

⁹ Cfr. A. LORCA SIERO, *Aspectos de la crisis del Estado de Derecho*, Publicación León, Man, 1995; A. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, estado de Derecho y constitución*, Madrid, Tecnos, 1984; F. GONZÁLEZ NAVARRO, *El Estado social y democrático de Derecho*, Pamplona, EUNSA, 1992; A. LORCA SIERO, *Aspectos de la crisis del Estado de Derecho*, León, Astorga, 1995; E. DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1981; R. COMBELLAS, *Estado de Derecho: crisis y renovación*, Ricardo Combellas, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1990; J. A. ESTÉVEZ ARAUJO, *La Crisis del estado de Derecho liberal: Schmitt en Weimar*, Barcelona, Ariel, 1989.

voluntad (*will*) del legislador nacional¹⁰. Así pues, en este aspecto la responsabilidad del legislador representa la culminación de la relación de fuerzas entre instituciones y normas comunitarias, por un lado, y las necesidades políticas de los gobiernos nacionales, por otro. Detrás de la pugna normativa por la implantación del *European rule of law*¹¹, se hallan las líneas de tensión de una lucha política más sutil y de difícil interpretación¹². La armonización de sistemas jurídicos no se consume sólo en el terreno legal previsto por el Tratado de la Comunidad Europea en sus arts. 94 y 95, sino más en profundidad en el terreno cultural de la *legal cross-fertilisation*.

El primer objetivo de este estudio consiste en demostrar que la disciplina comunitaria acerca de la responsabilidad del Estado no se impone autoritariamente por medio de preceptos legislativos, sino que prima la conjugación con las desinencias de los sistemas nacionales mediante elaboración jurisprudencial. Así pues, antes que de «sistema», término referible con mayor propiedad a las consolidadas disciplinas nacionales, se prefiere hablar de paradigma comunitario o *paradeigma*¹³. Respecto a los sistemas tradicionales de ámbito nacional, tal término designa una matriz principal que confiere forma a la sucesiva y necesaria operación nacional. Asimismo, se va extendiendo en el campo de la responsabilidad del Estado un único paradigma comunitario de corte jurisprudencial que asume formas y colores nacionales. Scoditti define el principio co-

¹⁰ P. KAHN, *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*, University of Chicago, 1999.

¹¹ Es suficiente ver el art. 6 TUE para comprender la importancia del concepto de Estado de Derecho en el marco de la actual Unión Europea. En particular, hay que evidenciar la labor jurisprudencial del Tribunal de Justicia en la construcción de la noción de Estado de Derecho comunitario. Cfr. TJCE, SS. 23-04-1986, *Les Verts C/ Parlamento* y dictamen de 14.12.1991. Cfr. S.A. SCHEINGOLD, *The rule of law in European integration: the path of the Schuman plan*, New Haven, Yale University Press, 1965; M. L. FERNÁNDEZ ESTEBAN, «National Judge and Community Law: the Paradox of the Two Paradigms of Laws», en *Maastricht Journal of Comp. Law*, 1997, 143 ss.; IDEM, *The Rule of Law in the European Constitution*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, 124 ss.

¹² Sólo como ejemplo cfr. F. LAPORTA, «Poder y Derecho» en E. GARZÓN VALDÉS – F.J. LAPORTA, *El Derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 11, Trotta, Madrid, 1996, 446 ss.

¹³ El vocablo griego reclama directamente el étimo verbal (*paradeiknumi*), el cual supone una acción de comparación o confrontación, que, como se verá, es esencial también en el funcionamiento del régimen comunitario de responsabilidad estatal.

munitario en términos de «*un illecito interfacciale*»¹⁴. En el plano meta-jurídico, además, el término paradigma pretende referirse a una visión compleja de la realidad jurídica, a un modelo teórico encaminado a la plena realización del Derecho Comunitario¹⁵.

Otro punto íntimamente ligado con el primero se refiere a la labor de los juristas que se ocupan de aplicar el paradigma: los tribunales nacionales. A lo largo del proceso de integración comunitario han aparecido varios intentos de sancionar el incumplimiento del Derecho Comunitario mediante un sistema centralizado en algunas instituciones comunitarias. Es la primera forma de reacción del ordenamiento comunitario a la situación patológica creada por la falta de cumplimiento de las normas comunitarias. En este escenario gravemente ilegal se ponía en tela de juicio la misma razón de ser del Derecho Comunitario y de las Comunidades Europeas. A fin de lograr la aplicación del paradigma comunitario de responsabilidad, los jueces comunitarios se apoyan en el diálogo judicial con los jueces nacionales¹⁶. A este propósito, Weiler habla de *judicial conversation*, condicionando la efectiva aplicación del sistema judicial comunitario, y por ende el intento de constitucionalización comunitaria¹⁷, a la recepción de los principios comunitarios en los sistemas nacionales¹⁸. Si este diálogo se interrumpe, por consiguiente, se complica también la misma labor jurisprudencial del Tribunal de Justi-

¹⁴ E. SCODITTI, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, en *Danno e responsabilità*, 2005, 12.

¹⁵ En una perspectiva de Teoría del Derecho, extremadamente interesante es la definición de J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, 1994, 238-239: «*ein Rechtsparadigma erklärt mit Hilfe eines Modells der zeitgenössischen Gesellschaft, auf welche Weise Rechtsstaatsprinzipien und Grundrechte begriffen*». En el plano histórico, cfr. P. ROSSI, *Teorie della società e paradigmi storiografici*, en AA.VV., *Mondo contemporaneo. Gli strumenti della ricerca*, 2, *Questioni di metodo*, Firenze, 1983, 567; M. L. FERNÁNDEZ ESTEBAN, «National Judge and Community Law: the Paradox of the Two Paradigms of Laws», en *Maastricht Journal of Comp. Law*, 1997, 143 ss. Sobre la relación entre paradigmas y revoluciones científicas, cfr. entre muchos, T. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, Einaudi, 1978.

¹⁶ Cfr. R. ALONSO GARCÍA, *Actividad judicial v. inactividad normativa*, en *Rev. Adm. Púb.*, 2000, IDEM, *El juez español y el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, 2003.

¹⁷ Cfr. L. M. DÍEZ PICAZO, «La constitucionalización de Europa», en *Claves de razón práctica*, 1996, 16 ss.

¹⁸ Cfr. R. ALONSO GARCÍA, *Community and National Legal Orders: Autonomy, Integration and Interaction (Collected Courses of the Academy of European Law)*, Kluwer Law International, 1999.

cia. Esta especie de sensibilidad jurisprudencial de la Corte comunitaria ahonda sus raíces en la ausencia de un sistema judicial federal «a la americana» y en la falta del principio jerárquico en las relaciones juez nacional-juez comunitario¹⁹. El Tribunal de Luxemburgo ha de tener en debida cuenta las dificultades conceptuales de los jueces nacionales si pretende ver aplicada su jurisprudencia²⁰. En esta óptica se explica la constante búsqueda de soluciones prudentes y sensibles a las disciplinas nacionales; se explica, asimismo, la labor comparativa y de síntesis de los jueces comunitarios. Se entiende, en última instancia, el fenómeno de *cross-fertilisation* judicial bien en la dirección que va desde las disciplinas nacionales hacia un principio único comunitario, pero sobre todo desde el principio común hacia los ordenamientos nacionales. En el caso del principio de responsabilidad, tal operación se complica considerablemente no sólo por la extrema variedad de modelos nacionales de responsabilidad de la administración, sino, en mayor medida, porque el paradigma comunitario contempla el supuesto de responsabilidad del legislador que en los sistemas nacionales no existe o es sólo un supuesto poco practicado. Es evidente y complejo el choque conceptual entre el paradigma nacional, donde la responsabilidad del legislador es muestra, al máximo, del principio de auto-limitación; y el paradigma conceptual comunitario, donde este principio es pieza fundamental del Estado de Derecho. Pero la distancia conceptual entre los dos paradigmas no impide que ellos terminen por avanzar mutuamente²¹.

II. LA NOVITAS CULTURAL INTRODUCIDA POR EL PARADIGMA COMUNITARIO

*«There is an international rule of law that works in Europe. It works much like a domestic rule of law, where violations of the law are brought to court, legal decisions are respected, and the autonomous influence of law and legal rulings extends to the **political** process itself»*²². El senti-

¹⁹ Sobre el tema, A. STONE SWEET, *Governing with Judges - Constitutional Politics in Europe*, OUP, 2000.

²⁰ D. RUIZ-JARABO COLOMER, *El juez nacional como juez comunitario*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 34 ss.

²¹ Cfr. E. CALZOLAIO, *L'illecito comunitario tra diritto comunitario e diritto interno. una prospettiva comparatistica*, Giuffrè, 2000, Milano, p. 23.

²² K. ALTER, *Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford University Press, 2002, 1.

do último de cualquier Estado de Derecho consiste fundamentalmente en la relevancia de las enunciaciones normativas y sus procedimientos en las tomas de decisión políticas²³. Así pues, en este aspecto la responsabilidad del legislador representa la culminación de la relación de fuerza entre instituciones y normas comunitarias y las necesidades políticas de los gobiernos nacionales.

A nivel conceptual el paradigma nacional de responsabilidad del Estado se funda esencialmente en la responsabilidad administrativa, por un lado, y en la irresponsabilidad del legislador, por otro²⁴. Se trata de un «defecto congénito» a la propia concepción del Estado en la cultura occidental imbuida en la *rule of law*; ni siquiera la introducción de la concepción kelseniana de una Constitución de rango superior a la ley cambiará la situación de irresponsabilidad del legislador²⁵. Es simplemente la revisitación en clave post-moderna de la aporía kantiana del Derecho²⁶. Puesto que la obligación jurídica se apoya únicamente en la posibilidad de una constricción externa que haga efectivamente posible la coexistencia de las voluntades individuales²⁷, la coacción viene a formar parte integrante de la obligación jurídica. El Derecho se funda sobre la figura del soberano y sobre su fuerza coactiva para desarrollar la función ordenadora. La ley necesita de la intervención coercitiva del soberano, pero éste es a su vez un ser animal que necesita de un dueño²⁸.

La política entendida como máxima expresión de la soberanía queda ajena a cualquier reglamentación legal que comporte su responsabilidad

²³ M. FERNÁNDEZ ESTEBAN, *The Rule of Law in the European Constitution*, The Hague, Kluwer Law International, 1999.

²⁴ Cfr. A. LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2005.

²⁵ E. SANTORO, *Rule of law e libertà degli inglesi. L'interpretazione di Albert Venn Dicey*, en AA.VV., *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, pratica*, editado por P. Costa e D. Zolo, Feltrinelli, 2002, 213: «La vicenda continentale dello Stato di diritto può essere considerata come un grandioso tentativo di giuridicizzare il potere. Il culmine di tale vicenda è certamente la teoria del diritto kelseniana, che apre la strada a un'ingegneria costituzionale capace di sottoporre al controllo giudiziale anche il potere legislativo».

²⁶ Cfr. C. RUIZ MIGUEL, «La aporía de la inactividad del legislador», en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, 2, 2000, pp. 99-110.

²⁷ I. KANT, *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*, UNAM, México, 1968.

²⁸ I. KANT, *Idea de una historia universal en sentido cosmopolita*, El Colegio de México, Traducción de Eugenio Imaz, Ciudad de México, 1941.

jurídica. Las tesis del iusnaturalismo inglés y la teoría de la auto-limitación alemana corroboran el mito del legislador²⁹. Es la estructura cultural de la **creencia** en el Estado de Derecho occidental³⁰ que genera tal vicio³¹.

No existen, o son muy esporádicas, sentencias de condena del legislador nacional, ni mucho menos consta una consolidada teoría de la responsabilidad del legislador en base a sentencias declaratorias de inconstitucionalidad o por la omisión del propio órgano³². La conducta del legislador encuentra un obstáculo y un límite en las normas constitucionales, pero éstas son dictadas por el poder constituyente *una tantum* y sin ninguna pretensión de incidir en la vida política cotidiana por medio del instituto de la responsabilidad³³. En la arquitectura constitucio-

²⁹ Cfr. T. R. FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1998; A. LAZARI, «Paradeigma e Logos: la responsabilità del legislatore ed i destini dell'Europa», en *Rivista Diritto Civile*, 2002, 109-168.

³⁰ P. KAHN, *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*, University of Chicago, 1999, 1: «The culture of law's rule needs to be studied in the same way as other cultures. Each has its founding myths, its necessary beliefs, and its reasons that are internal to its own norms».

³¹ Cfr. M. TROPIER, *Le concept d'Etat de droit*, en *Droits*, 1992, 51 ss. Es ilusorio considerar que el Estado pueda ser limitado por el Derecho. O el Derecho es el producto de la voluntad estatal y entonces la limitación del Estado no existirá, si no a la condición de que el propio Estado lo pretenda (crítica clásica de la tesis de la autolimitación). O bien, el Estado es limitado por un Derecho que le es ajeno y externo, por un Derecho natural. Pero en este caso, la teoría del Estado de Derecho es incompatible con la tesis de la soberanía y de la democracia.

³² La visión no justiciable de la actividad del legislador nacional emana de la obra de S. COTTA, *Itinerarios humanos del Derecho*, trad. de Jesús Ballesteros, Eunsa, Pamplona, 1978. Cfr., E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador», en *Rev. Adm. Púb.*, 159, 2002, 173 ss.; IDEM, «El principio de la 'responsabilidad de los poderes públicos' según el art. 9.3 de la Constitución y responsabilidad patrimonial del Estado legislador», en *Rev. Esp. Der. Const.*, 2003, 15 ss.; contra E. GUICHOT, *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, 2001. Cfr. G. DOMÈNECH PASCUAL, «Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños derivados de una ley inconstitucional», en *Rev. Esp. Derecho Adm.* 2001, 432 ss.

³³ Acerca del alcance de *soft law* en la sanción del legislador, cfr. R. BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Alianza, Madrid, 1994; A. NIETO GARCÍA, «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», en *Revista de Administración Pública*, 100-102, 1983, pp. 371 ss.

nal y cultural occidental «*The King can do no wrong*». También los eventuales fallos del soberano no están considerados en términos de errores: mantienen tan sólo la apariencia de injusticia³⁴. El cuerpo electoral sustituye en los sistemas occidentales el cuerpo místico del monarca³⁵: ello se configura como fuente de la irresponsabilidad de la actividad de sus mismos representantes. La creciente constitucionalización del poder entraña indudablemente un progresivo aumento del poder de control judicial (en el entramado constitucional español se destaca el art. 9.3 Const.³⁶). «El principio de responsabilidad de los poderes públicos formulado por nuestra Constitución no pretende resolver ningún problema técnico de responsabilidad patrimonial y menos aún el formidable tema de la responsabilidad patrimonial del Legislador»³⁷. Que sea la Corte Suprema norteamericana, o el juez constitucional, de todas formas es siempre la jurisdicción el orden estatal llamado a encauzar el poder político en las normas procesales de rango constitucional³⁸. Sin embargo, la propia declaratoria de inconstitucionalidad no constituye fuente ordinaria de res-

³⁴ P. KAHN, *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*, cit., 76: «*Since the king can do no wrong, error had to be explained as a false appearance. The double character of the king's body allowed such an explanation. The deceiving king was only an appearance: the truth of the king did not lie in his physical presence or apparent behaviour. His physical appearance operated as a potentially ironic play on the royal truth [...] We find a similar distinction entering the political theory of popular sovereignty in Rousseau's distinction between the will of the people, which never errs, and the will of all, which may be a false appearance of the former*».

³⁵ Acerca del tema de la mistificación del cuerpo del monarca, cfr. E. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies: A Study in Medieval Political Theology*, Princeton UP, 1957.

³⁶ Cfr. E. GARCÍA ENTERRÍA, «El principio de 'la responsabilidad de los poderes públicos' según el art. 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador», en *Rev. Esp. Der. Const.* 2003, 15 ss.

³⁷ Una vez más, E. GARCÍA ENTERRÍA, *El principio de 'la responsabilidad de los poderes públicos' según el art. 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador*, cit., 26.

³⁸ Recientemente una decisión del Hoge Raad (Tribunal Supremo) holandés en el asunto *Waterpakt*, 21 marzo 2003 ha establecido que el Derecho holandés impide que el juez ordene al Estado legislar *en sentido formal* para poner fin a la situación contraria a Derecho, porque tal intervención supone una apreciación política que el juez no puede atribuirse. «*The question of whether an act of parliament should be introduced, and if so in what form, must be answered on the basis of political decisions and a balancing of the interests involved*». Una vez más estamos ante la cuestión fundamental de la demarcación de la esfera de acción del legislador: ¿tradicionalmente política o innovadoramente sujeta a normas jurídicas superiores?

ponsabilidad³⁹, pues la ley declarada inconstitucional es *tamquam non esset*, como si no hubiese sido nunca aprobada⁴⁰. El legislador, y la política como actividad de organización social, forman parte de la mitología jurídica del Estado de Derecho⁴¹. La *longa manus* del Derecho no llega a la provincia de la política⁴². En todas las sociedades occidentales⁴³, la evolución de la responsabilidad estatal se resume, en buena sustancia, en la tensión constante hacia la «juridificación» de áreas del poder o de la política⁴⁴. La misma esencia del Derecho, y de la responsabilidad por consiguiente, va encontrada en la ritualización del ejercicio del poder⁴⁵. Dentro del paradigma estatal la responsabilidad del

³⁹ Interesantes son las última sentencias del Tribunal Supremo, que han abierto resquicios jurídicos a nuevas hipótesis de responsabilidad del legislador. Cfr. TS 29 de Febrero, 13 de Junio, 15 de Julio y 30 de Septiembre de 2000 y 24 de Enero de 2002. La novísima sentencia del 1 de abril 2004 del Tribunal Supremo, Ponente: JOSÉ MANUEL SIEIRA MÍGUEZ admite la responsabilidad del Estado derivada por actos del legislador y sostiene que «han de ser los jueces y tribunales quienes, en el ejercicio pleno de su jurisdicción, resolverán sobre la eficacia ‘*ex tunc*’ o ‘*ex nunc*’ de tales sentencias declaratorias de inconstitucionalidad». Cfr. J. CONCEIRO DEL RÍO, *La revisión de los actos nulos por inconstitucionalidad de las leyes*, Tirant Lo Blanch, 2000; IDEM, *Responsabilidad patrimonial del Estado por la declaración de inconstitucionalidad de las leyes*, Tirant Lo Blanch, 2001; R. GALÁN VIOQUE, *La responsabilidad del Estado Legislador*, Barcelona, 2001; C. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad patrimonial del Legislador*, Barcelona, 1999; G. DOMÉNECH PASCUAL, «Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños derivados de una Ley inconstitucional», en *Rev. Esp. Der. Adm.*, 2001, 275 ss.; E. GARCÍA ENTERRÍA, *El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador*, cit., 180 ss.

⁴⁰ A. PIZZORUSSO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, en *Foro it.*, 2003, V, 175.

⁴¹ Véase M. GARCÍA PELAYO, *Obras completas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, y también pag. 1645; B. HENRY, *Mito e identità. Contesti di tolleranza*, Edizioni ETS, Pisa, 2000; P. GROSSI, *Mitología jurídica de la modernidad*, cit., 2003.

⁴² T. RAMÓN FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1998.

⁴³ Costa describe un concepto amplio de Estado de Derecho «*coincidente con la storia politico-intellettuale dell'Occidente, dal momento che in essa torna sempre di nuovo l'inevitabile tensione tra potere e diritto*»; P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, en AA.VV., *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, pratica*, editado por P. Costa e D. Zolo, Feltrinelli, 2002.

⁴⁴ Neologismo acuñado por D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, cit., 26.

⁴⁵ D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, cit., 37: «*Entro lo Stato moderno europeo l'ordinamento giuridico viene chiamato a svolgere una tripla funzione:*

legislador se enmarcará en la responsabilidad política, criminal, contable, pero nunca —o contadas veces— como responsabilidad patrimonial por el desempeño de su función. Se explicita en los términos de *accountability* que no *liability*⁴⁶.

Se trata de una convicción, de una creencia orteguiana⁴⁷, más que de una realidad legal y social⁴⁸. La defensa a ultranza de la inmunidad del legislador asume en las palabras críticas de Duguit una misión divina: «*est devenue une sorte de mythe religieux*»⁴⁹. La credibilidad y la funcionalidad de la organización estatal, así como nos ha sido configurada, radican en última instancia en la absoluta libertad-albedrío del legislador⁵⁰. Las normas emanadas por el legislador son sacras también porque contribuyen a atribuir a todo ciudadano un papel social⁵¹. El problema principal consiste en redimensionar este concepto históricamente concebido durante el proceso de formación del Estado nacional, donde la unidad de la identidad estaba garantizada por el fenómeno de síntesis de la voluntad general gracias a la mediación de un cuerpo orgánico del legislador. «Monocentricidad» significa también que toda forma de Derecho emana del Estado legislador y que éste es el único productor legítimo de normas jurídicas, a saber, el único órgano destinado a ordenar en términos sociales la realidad⁵².

A partir de la segunda mitad del siglo XX, se abre camino un paradigma distinto de organización social, interactivo pero no fundado ex-

quella di strumento dell'ordine e della stabilità del gruppo sociale in quanto espressione normativa di governo; quella di meccanismo legislativo di ritualizzazione-limitazione del potere politico e quella, strettamente correlata e complementare, di garanzia dei diritti soggettivi».

⁴⁶ Ésta es la tesis propugnada por C. HARLOW, *State Liability. Tort Law And Beyond (Clarendon Law Lectures)*, London, 2004. Cfr., M. BELTRÁN DE FELIPE, *El poder de sustitución en la ejecución de las Sentencias condenatorias de la Administración*, Madrid, 1995, 222.

⁴⁷ J. ORTEGA Y GASSET, *En torno a Galileo (esquema de las crisis)*, Revista de Occidente en Alianza Editorial, 1982, part. 52 ss.

⁴⁸ Sobre el tema de la lucha contra el mito, cfr. T. R. FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad del legislador*, cit., 22.

⁴⁹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing, 1911, 555.

⁵⁰ T. RAMÓN FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, cit., 45 ss.

⁵¹ L. SIEDENTOP, *Democracy in Europe*, cit., 84-85.

⁵² Sobre el tema cfr., R. SACCO, *Mute Law*, en 43 *Am. J. Comp. L.* 455 ss.; A. J. ARNAUD, M. J. FARIÑAS DULCE, *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, Universidad Carlos III - BOE, Madrid, 1996, 292 ss.

clusivamente sobre el Estado. Nace progresivamente y lentamente un paradigma cultural supranacional, inspirado esencialmente en nuevas sugerencias del constitucionalismo europeo⁵³. El esfuerzo de juridificación o constitucionalización⁵⁴ de las áreas —antes competencia exclusiva del legislador estatal— por mano del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas lleva a atacar y erosionar el viejo paradigma estatal de soberanía: normas estatales han de ceder ante las reglas comunitarias. Este proceso de integración europea a través del Derecho, y principalmente mediante la colaboración de las cortes nacionales, desemboca en última instancia en la máxima constricción al legislador nacional, símbolo de la política pura en la visión decimonónica: el instituto de la responsabilidad del Estado por violación del Derecho Comunitario⁵⁵. En la base del principio del Estado de Derecho Comunitario y de la responsabilidad del Estado se halla hondamente el conflicto entre dos paradigmas conceptuales: el comunitario y el nacional⁵⁶.

⁵³ Cfr. F. CAPELLI, «Responsabilità della Comunità Europea e degli Stati membri per violazione del diritto comunitario: rimedi e risarcimento del danno», en *Dir. Com. Scam. Intern.*, 1998, 769.

⁵⁴ Cfr. E. STEIN, *Lawyers, Judges, and the making of a Transnational Constitution*, en *Amer. J. Int'l. Law*, 75 (1981), 1 ss.; F. MANCINI, *The making of a Constitution for Europe*, en AA.VV., *The New European Community: Decision Making and Constitutional Changes*, Westview, 1991; J. H. H. WEILER, *The Constitution of Europe*, Cambridge, 1999.

⁵⁵ Cfr. L. CONANT, *Justice Contained: Law and Politics in the European Union*, Cornell University Press, 2002, 55 ss.

⁵⁶ A propósito de la distinta configuración de los dos paradigmas, asevera C. RUIZ MIGUEL, *La aporía de la inactividad del legislador*, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, 2, 2000, 104: «Sería absurdo que un tribunal impusiese a un parlamento una sanción de multa por haber omitido una actuación de la que se dice que es «debida». Muy distinta sería la situación si el destinatario-cumplidor y el destinatario-aplicador fueran órganos de distintas personas jurídicas, que es lo que ocurre en el Derecho Comunitario, donde se contempla la posibilidad de que el TJUE imponga multas a los Estados que no cumplan las sentencias del Tribunal obligando a actuar al Estado para cumplir un mandato del Derecho Comunitario». Cfr. A. LAZARI, *La responsabilità dello Stato*, cit., 224 ss.

III. EL «MOVIMIENTO PENDULAR» HACIA EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR VULNERACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

Los tribunales constituyen, por tanto, el punto neurálgico de este fenómeno comunitario. Han contribuido a realizar el verdadero cambio de paradigma conceptual: desde el plano estatal a la cota supranacional-comunitaria. Las razones de la novedad del Estado de Derecho Comunitario y de la responsabilidad del Estado residen precisamente en el argumento por el que «*national courts took on a role enforcing European law against their governments*»⁵⁷. Este proceso se traduce, a nivel de teoría general, en una mutada relación de fuerzas entre gobiernos nacionales e instituciones comunitarias, entre la propia política nacional y las normas comunitarias⁵⁸. En este ámbito el choque es de carácter institucional-político. «*Monitoring and enforcing the Treaty was not the Court's primary role*»⁵⁹, pues en un principio este cometido correspondía a la competencia de la Comisión Europea en los cauces procesales previstos por el artículo 226 TCE. «*The ECJ was created primarily to protect member status and private firms from excess by the High Authority*»⁶⁰.

Esta estructuración del ordenamiento comunitario era claramente insatisfactoria en su faceta sancionadora, pues los Estados miembros, por lo menos en el primer periodo de actuación del Derecho Comunitario, continuaban su conducta de entes internacionales soberanos e independientes. En el primer periodo, la corte comunitaria funciona sustancialmente como cualquier otro órgano de Derecho internacional. El sistema

⁵⁷ K. ALTER, *Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, cit., 2.

⁵⁸ K. ALTER, *Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, cit., 2, donde habla de la esencia del Estado de Derecho «*extending the shadow of law into the political process itself*». Es suficiente ver las reacciones políticas a unas sentencias del TJCE en tema de responsabilidad del Estado legislador (por ejemplo en el caso Factortame V) o bien el alcance político de la sentencia de condena del legislador nacional pronunciada en la reclamación de los daños causados a Canal Satélite Digital, en *Gaceta jurídica de la UE*, 227, 2003, p. 3-15, o en Italia en la decisión sobre la retribución de los médicos MIR en *Danno resp.*, 2003, 720 ss.; y en *Foro it.*, 2003, I, 2015 ss, precedida por interpelaciones parlamentarias y huelgas de médicos.

⁵⁹ K. ALTER, *ibidem*, 7.

⁶⁰ K. ALTER, *ibidem*, 6.

de tutela judicial, creado por los Estados miembros, es muy limitado y tiende a salvaguardar los intereses y la soberanía de los Estados miembros⁶¹. El propio ordenamiento de las Comunidades Europeas deja un significativo vacío para las decisiones políticas: su destino depende de la voluntad política de los gobiernos nacionales. Si bien en esta primera fase el tribunal comunitario dicte sentencias que terminan por perjudicar intereses estatales, los gobiernos estatales parecen trazar un umbral a partir del cual no dejarán penetrar el Derecho supranacional y las decisiones de la corte de Luxemburgo.

Es evidente que la función de control del Derecho Comunitario encomendada a la Comisión no es suficiente de por sí para garantizar un ordenamiento jurídico realmente independiente y sobre todo eficaz⁶². De hecho, la efectividad del ordenamiento comunitario entraña la posibilidad de conseguir, al menos en un plano teórico, un Estado de Derecho Comunitario. Según Weiler, la existencia de un Estado de Derecho se refleja en la sustracción de algunos temas de competencia comunitaria al juego político de los gobiernos nacionales⁶³. Se someten algunas parcelas de la política estatal a la fuerza jurídica de las normas comunitarias de carácter superior. «*The effect of the Direct Effect was to take Community law out of the hands of politicians and bureaucrats and give it to the people*»⁶⁴. Las incipientes oscilaciones de la lámpara galileiana se observan con la creación jurisprudencial de las primeras generaciones de tutela judicial⁶⁵.

⁶¹ Muy plástica es la expresión de «*toothless system*» acuñada por F. MANCINI - D. KEELING, *Democracy and the European Court of Justice*, en *Mod. Law Rev.*, 1994, 183.

⁶² A. M. BURLEY - W. MATTLEY, *Europe Before the Court*, en *Intern. Organ.*, 1993, 70 ss.; F. SNYDER, «The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques», en *Modern Law Review* 56 (1), 1993, 38 ss.

⁶³ E. STEIN, «Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution», en *Amer. J. Intern. Law*, 1981, 6: «*Had the Court followed the Government, Community law would have remained an abstract skeleton, and a great variety and number of Treaty violations would have remained undisclosed and unredressed*».

⁶⁴ F. MANCINI - D. KEELING, «Democracy and the European Court of Justice», en *Mod. Law Rev.*, 1994, 183, que así prosigue: «*Without direct effect, we would have a very different Community today – a more obscure, more remote Community barely distinguishable from so many other international organizations whose existence passes unnoticed by ordinary citizens*».

⁶⁵ Sobre las generaciones de tutela judicial, cfr. KOMNINOS, «New Perspectives for private enforcement of EC competition law: *Courage v. Crehan and the Community*».

El escenario de la relación de fuerza entre Política y Derecho, entre los intereses nacionales y los comunitarios, muda profundamente cuando el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas comienza a elaborar unos principios que permitirán un mayor acceso de los particulares en el juego institucional europeo. Surge, así, la primera generación de tutela judicial comunitaria: las normas comunitarias que disponen de las características de la claridad e incondicionalidad pueden ser directamente aplicadas ante y por los tribunales nacionales. El principio de supremacía del Derecho Comunitario sobre las normas nacionales se aplica a cualquier regla estatal, incluso posterior a la emanación de la norma comunitaria⁶⁶. Esta transformación mediante una interpretación jurisprudencial permite a la corte comunitaria valerse de los particulares en calidad de «*private attorneys*» del Derecho Comunitario, alterando incluso el curso de la política nacional⁶⁷. Ampliando los métodos de control del cumplimiento del Derecho Comunitario también a los particulares afectados, esta norma restringe lo que Weiler define *Exit option*, es decir, la capacidad de los Estados miembros de eludir sus obligaciones procedentes de los Tratados⁶⁸. El núcleo principal de la propuesta doctrinal del profesor de la *New York University* consiste justamente en asociar la connotación propia del Derecho Comunitario a la capacidad de hacer cumplir las obligaciones de él procedente, a saber, a su capacidad sancionadora⁶⁹. «*From the standpoint of a national lawyer, European law is often a source of a disruption. It injects into the national legal system rules which are*

rights damages», en 39 *CML Rev.* 2002, 447 ss.; T. EIL MANSBERGER, «The Relationship between Rights and Remedies in EC'Law», en *CMLRev.* 2004, 1119 ss.

⁶⁶ Muy clarificadora sobre este principio es la sentencia Simmenthal de 9 de marzo de 1978, C-106/77, Rec. 1978, p. 629. Cfr. A. MANGAS MARTÍN, «La obligación de derogar o modificar el Derecho interno incompatible con el Derecho Comunitario», en *Rev. Inst. Europ.*, 14, 2, 1987, p. 311 ss.; M. C. ALONSO GARCÍA, «La facultad del juez ordinario de inaplicar la ley interna posterior contraria al Derecho Comunitario», en *Rev. Adm. Públ.*, n. 138, 1995, p. 203 ss.

⁶⁷ Cfr. J. D. JANER TORRENS, «El papel de los particulares en la constatación de conductas contrarias al DC», en *Gac. Jur. de la Unión UE y de la Competencia*, n.º 214, 2001, pp. 31 ss.; y Komninos, *New Perspectives for private enforcement*, cit., 450.

⁶⁸ En ámbito internacional, cfr. A. CHAYES - A. H. CHAYES, *The new sovereignty. Compliance with international regulatory agreements*, Cambridge Mass., 1995.

⁶⁹ Para A. CHAYES - A. H. CHAYES, *The new sovereignty. Compliance with international regulatory agreements*, cit., 22 ss., la capacidad de hacer cumplir los compromisos de Derecho Internacional depende del uso de la persuasión más que de la sanción y del recurso a medios de arreglo político y excepcionalmente a los judiciales.

alien to its traditions and which may affect deeper structure, thereby treating its coherence»⁷⁰. El conflicto entre el paradigma nacional y comunitario se queda a nivel embrionario en la aplicación nacional de la primera generación de los medios de tutela judicial.

La aplicación continuada del principio de eficacia induce posteriormente al nacimiento de una segunda generación de *remedies* de corte minimalista. La superación de la época anterior de tutela judicial consiste precisamente en un mayor grado de intromisión de la jurisprudencia comunitaria en la esfera estatal⁷¹. No se trata sólo de afirmar que las normas del ordenamiento comunitario son superiores y dotadas de eficacia directa, como en la fase defensiva⁷², sino que ha de elaborarse un conjunto de normas puestas a protección de tales normas supranacionales.

Los tribunales estatales han de dotar de eficacia a los medios judiciales contra la violación del Derecho Comunitario, según los principios de equivalencia y de eficacia. Esta nueva jurisprudencia se resume y se explica en la sentencia *Rewe* de 1976⁷³. La nueva tendencia jurisprudencial estaba dirigida a incentivar la protección del Derecho Comunitario mediante las instituciones internas, evitando, asimismo, una crisis de rechazo hacia métodos más invasivos de tipo comunitario. «*The second generation cases avoided the potential political conflict*»⁷⁴. El Tribunal de Justicia establece criterios mínimos comunitarios (equivalencia y eficacia), tratando de activar un primer rudimental esbozo de armonización de las normas procesales nacionales. «*Consequently, once the Rewe-test is satisfied, divergences in national procedural law remain unaffected*»⁷⁵.

⁷⁰ R. DEHOUSSE, *The European Court of Justice*, Cambridge University Press, 1998, 34.

⁷¹ T. EILMANS BERGER, *The Relationship between Rights and Remedies*, cit., 1216: «Offensive remedies were not really required in any of these cases». El mismo autor titula el párrafo 2.4: «The need for a second generation. Why invocation may not be quite sufficient?».

⁷² Relaciona esta primera fase 'defensiva' de la primera generación con la 'negative economic integration' W. VAN GERVEN, «Bridging the gap between Community and national law», en 32 CML Rew, 1995, 690.

⁷³ Sentencia de 16 diciembre 1976, *Rewe*, 33/76, Rec. p. 1989.

⁷⁴ B. CAROLAN, «Winning isn't Everything: National Judicial Protection of Rights under European Community Law», en 5 *Tulsa J. Comp. & Int'l L.*, 110.

⁷⁵ T. HEUKEL - J. TIB, *Towards Homogeneity: Convergence and Divergence*, en AA.VV., *Convergence and Divergence in European Public Law*, editado por P. Beaumont, C. Lyons, N. Walker, Hart Publishing, 2002, 116.

Sin embargo, el respeto de los procedimientos nacionales provocaba naturalmente la consiguiente disparidad de trato entre las diferentes formas de protección nacionales: la exigencia de efectividad y de uniformidad indujo al Tribunal de Justicia a tratar de armonizar las categorías de protección y sanción del Derecho Comunitario siempre en el respeto de la *conversation* con los jueces nacionales.

El principio de responsabilidad vuelve a asomarse tímidamente al escenario jurídico con la sentencia *Russo* de 1976, en la que se afirma netamente que «corresponde al Estado asumir las consecuencias ante la persona dañada, en el marco de las disposiciones de Derecho nacionales relativas a la responsabilidad del Estado»⁷⁶. En esta fase, en la que se remite la reglamentación sustancial del principio de responsabilidad a los ordenamientos nacionales, simplemente no consta alguna forma de circulación legal del principio de responsabilidad: todo está en manos de los jueces nacionales, los cuales no parecen estar dispuestos a aplicar con la lógica atención y frecuencia el principio de responsabilidad. En la fase anterior a la proclamación del principio comunitario de responsabilidad del Estado, no existe una *cross-fertilisation* judicial y ni siquiera una voluntad real de condenar las actuaciones nacionales contrarias al Derecho Comunitario mediante el instituto de la responsabilidad patrimonial. Desde la emanación de la sentencia *Russo* hasta la proclamación del principio comunitario de responsabilidad por falta de transposición de las directivas comunitarias son realmente exiguas las decisiones nacionales que han condenado al Estado por vulneración del Derecho Comunitario⁷⁷.

⁷⁶ Sentencia de 22 de enero de 1976, Carmine Russo c. AIMA, C-60/75, Rac. p. 45. Cfr. D. SIMON - A. BARAV, «La responsabilité de l'administration nationale en cas de violation du droit communautaire», en *Rev. Marché Com.* 1987, 170 ss.; M. BRONCKERS, *Private enforcement of 1992*, cit., 519.

⁷⁷ En la década de los Ochenta se elabora por parte del Tribunal de Justicia una medida de tipo jurisprudencial mayormente incisiva si bien con evidentes defectos estructurales: el principio de interpretación conforme. Con este criterio se pretende adecuar la interpretación de la ley nacional al Derecho Comunitario, y en especial modo a los objetivos de las directivas inaplicadas. Dada su referencia obligatoria al sustrato normativo nacional, se ha definido este principio con la expresión de efecto indirecto, pues pretende facilitar la aplicación de determinados derechos de origen comunitario indirectamente mediante la interpretación de las normas nacionales. Una vez más, se destaca la tentativa llevada a cabo por el juez comunitario de salvaguardar en modo evidente las normas emanadas por el legislador nacional. Se trata de evitar el conflicto directo —institucional y cultural— con los ordenamientos nacionales. Al mismo

IV. «¡SIN EMBARGO SE MUEVE!»: LA PROCLAMACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR FALTA DE TRANSPOSICIÓN DE UNA DIRECTIVA COMUNITARIA

En este contexto, la corte comunitaria considera llegado el momento de llevar hasta sus últimas consecuencias el proceso de constitucionalización mediante la introducción en el ordenamiento jurídico comunitario de un instituto típico de los modelos nacionales de Estado de Derecho: la responsabilidad pública⁷⁸. La puesta en juego sobreentendida en la sentencia *Francovich* estaba claramente delineada también para los mismos políticos: se trataba de desplazar el centro de gravedad de la soberanía efectiva desde los legisladores nacionales al legislador y al juez comunitarios.

Las limitaciones intrínsecas al principio de eficacia directa conducen a concluir que este criterio jurisprudencial termina por no garantizar la completa protección de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario. Se asoma con renovada fuerza la necesidad de recurrir a la fuerza del Derecho, al *hard law* para resolver la evidente crisis real del proceso de integración comunitario, a saber, su sistemático incumplimiento, al que seguía una igualmente sintomática debilidad del ordenamiento jurídico por resolver esta cuestión: el agotamiento de los primordiales métodos de *enforcement*. El origen y la consolidación del

tiempo, el tribunal comunitario ponía remedio a las deficiencias del principio de efecto directo, ya que el particular interesado en la aplicación del Derecho Comunitario cuenta con la posibilidad de alegar los derechos invocados mediante la interpretación del Derecho nacional correspondiente. Los límites evidentes a tal principio consisten, sin embargo, en la imposibilidad de aplicar el principio a falta de disposiciones nacionales que regulasen la materia y en la falta de obligatoriedad de aplicación del principio en cuestión.

Véanse en este sentido, en particular, las sentencias Von Colson y Kamann, 14/83, Rec. p. 1891, apartado 26; *Marleasing*, C-106/89, Rec. p. I-4135, apartado 8 y *Faccini Dori*, C-91/92, Rec. p. I-3325, apartado 26; véanse también las sentencias de 23 de febrero de 1999, *BMW*, C-63/97, Rec. p. I-905, apartado 22; de 27 de junio de 2000, *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98, Rec. p. I-4941, apartado 30, y de 23 de octubre de 2003, *Adidas-Salomon y Adidas Benelux*, C-408/01, apartado 21; y, por último, *Pfeiffer*, asuntos acumulados, 5 de octubre de 2004, C-397/01 a C-403/01.

⁷⁸ C. PÉREZ GONZÁLEZ, *Responsabilidad del estado frente a particulares por incumplimiento del Derecho Comunitario*, Tirant, 2001, 50 ss., define la responsabilidad del Estado como cierre del sistema que regula las relaciones entre el Derecho Comunitario y los Derechos internos.

principio de responsabilidad por infracción del Derecho Comunitario, en efecto, han de relacionarse estrechamente con la dinámica político-jurídica del proceso de integración europea y con el propio proceso de constitucionalización.

En primer lugar, el Parlamento europeo comienza a ocuparse del tema de la responsabilidad sólo tangencialmente, es decir, en la medida en que este instrumento jurídico logre garantizar una aplicación mayormente difundida del Derecho Comunitario⁷⁹.

En el tema de la responsabilidad del Estado, cobran relieve las dos iniciativas del Parlamento Europeo de 1983 (el Informe relativo a la responsabilidad de los Estados en la aplicación del Derecho Comunitario⁸⁰ y la Resolución de 9 de febrero de 1983 del Parlamento sobre la responsabilidad de los Estados miembros en relación con la aplicación y observancia del Derecho Comunitario⁸¹) donde se manifiesta una clara voluntad de conminar sanciones relevantes a las administraciones nacionales responsables de infringir el Derecho Comunitario. Sin embargo, el primer paso hacia la completa constitucionalización del Derecho Comunitario lo da el Tribunal de Justicia con la sentencia Francovich de 1991.

La decisión es una muestra importante del nivel de independencia institucional adquirido por el Tribunal de Justicia, auspiciado por la misma corte y la Comisión Europea. Ambas instituciones manifestaron

⁷⁹ El Informe del Parlamento Europeo de 1 de septiembre de 1981 relativo a la responsabilidad del Tribunal de Justicia en relación con la aplicación uniforme del Derecho Comunitario en todos los Estados miembros [(Ponente: Sr. H. Sieglerschmidt, Doc. 1-414/81, PE 67.004/fin. Y resolución final adoptada el 14 de octubre de 1981 (DOCE n. C 287, de 9 de noviembre de 1981)] puso de manifiesto que, para lograr el objetivo de un mercado interior, era necesario reforzar las sanciones asociadas a las vulneraciones del Derecho Comunitario y que el mecanismo sancionador estaba ligado a la figura institucional del Tribunal de Justicia, junto con los jueces nacionales y los particulares. El Informe del Parlamento Europeo de 1 de septiembre de 1981 relativo a la responsabilidad del Tribunal de Justicia en relación con la aplicación uniforme del Derecho Comunitario en todos los Estados miembros [(Ponente: Sr. H. Sieglerschmidt, Doc. 1-414/81, PE 67.004/fin. Y resolución final adoptada el 14 de octubre de 1981 (DOCE n. C 287, de 9 de noviembre de 1981)] puso de manifiesto que, para lograr el objetivo de un mercado interior, era necesario reforzar las sanciones asociadas a las vulneraciones del Derecho Comunitario y que el mecanismo sancionador estaba ligado a la figura institucional del Tribunal de Justicia, junto con los jueces nacionales y los particulares.

⁸⁰ Ponente: Sr. H. Sieglerschmidt. Doc. 1-1052/82, PE 77.275/fin.

⁸¹ DOCE n. C 68, de 4 de marzo de 1983, pp. 32 ss.

fuertes intereses por crear un sistema descentralizado de sanciones con el fin de poner remedio a la situación de infracción⁸².

La puesta en juego era clara y se manifestó con igual nitidez en la oposición exteriorizada por la mayoría de los Estados miembros en la Conferencia Intergubernamental de 1990-1991, donde la Comisión propuso reforzar las sanciones dentro del ordenamiento comunitario, incluyendo la introducción del principio de responsabilidad. Los representantes de los gobiernos nacionales pactaron finalmente sólo la reforma del artículo 228 TCE, que viene a contemplar la posibilidad de recurrir a multas por infracción de sentencias dictadas por el tribunal comunitario⁸³.

La cuestión se revela también en el léxico más propiamente jurídico de las alegaciones del gobierno alemán en la sentencia *Factortame* de 1996, donde se afirma expresamente en el párrafo 24 que «el Gobierno alemán afirma, además, que un Derecho general a indemnización en favor de los particulares sólo puede consagrarse **por vía legislativa** y que el reconocimiento de tal Derecho por vía jurisprudencial es incompatible con el reparto de competencias entre las Instituciones de la Comunidad y los Estados miembros y con el equilibrio institucional establecido por el Tratado». En la Conferencia Intergubernamental de 1996-1997, la delegación británica ostentó una propuesta con el fin de limitar la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros (CONF/3883/96).

Es indudable que el desplazamiento del control del Derecho Comunitario hacia los ciudadanos no ha sido promocionado por los Estados miembros, que se ven claramente perjudicados por este nuevo mecanismo. Ante la propuesta de la Comisión Europea de ampliar la responsabilidad del Estado, el compromiso final de la Conferencia Intergubernamental, sin embargo, se resume en la reforma institucional del entonces art. 171 TCE, que introduce los supuestos de la sanción pecuniaria en

⁸² D. CHALMERS, «Judicial Preferences and the Community Legal Order», en *Modern Law Review*, Volume 60, 1997, 191; J. TALLBERG, *Making States Comply: The European Commission, the European Court of Justice and the Enforcement of the Internal Market*, cit., 194-206.

⁸³ J. TALLBERG, «Supranational Influence in EU Enforcement: The ECJ and the Principle of State Liability», en *Journal of European Public Policy*, Vol. 7, No. 1., 2000, 109. Cfr. J. Díez HOCHLEITNER, «La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados Miembros», en *Rev. Inst. Europ.*, 1993, n.º 3, p. 837; M. P. ANDRÉS SÁENZ SANTAMARÍA, «Primera multa coercitiva a un Estado miembro por inexecución de sentencia», en *Rev. Der. Com. Europ.*, 2000, pp. 493 ss.

caso de incumplimiento de una decisión de la corte comunitaria ex art. 169⁸⁴. El conjunto legislativo, o mejor dicho constitucional, del ordenamiento comunitario reivindica la supremacía de la disciplina normativa y centralizada de las sanciones del Derecho Comunitario: es la Conferencia Intergubernamental la que tiene la última palabra y es en la esfera de la Comisión que se determinan los perfiles sancionadores del Derecho supranacional, en un segundo momento apreciados por el Tribunal de Justicia. La intervención de las instituciones comunitarias reconduce el eje institucional del *enforcement* en las sedes institucionales comunitarias; fracasa, de momento, el intento de descentralizar el mecanismo de sanción mediante el principio de responsabilidad. Sin embargo, aún antes de la apertura de la Conferencia se hace palpable el desencuentro decisivo en tema de sanciones por infracción del Derecho Comunitario, tanto es que los juristas más advertidos comienzan a fomentar la teoría del sistema descentralizado: «*The advantages of decentralized supervision on the enforcement of Community law, through national courts and other bodies, are beginning to find wider recognition*»⁸⁵. La reacción del Tribunal de Justicia, aún antes de la clausura de la Conferencia Intergubernamental, no se hizo esperar y en noviembre de 1991 estableció el principio de responsabilidad del Estado incumplidor por falta de transposición de una directiva comunitaria.

Surge, entonces, un nuevo modelo de Estado de Derecho supranacional⁸⁶ con un nuevo paradigma de responsabilidad del Estado diverso del

⁸⁴ Sobre el tema cfr. E. SZYSZCZAK, «European Community law: new remedies, new directions?», en *Modern law rev.* 1992, 691 ss.; R. CARANTA, *La responsabilità oggettiva dei pubblici poteri per violazioni del diritto comunitario*, cit., nt. 44; L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *Francovich e le frontiere del diritto europeo*, cit., nota n. 33.

⁸⁵ M. BRONCKERS, «Private Enforcement of 1992: Do Trade and Industry Stand a Chance against the Member States?», en *Common Market L. Rev.*, 1989, 26, 529.

⁸⁶ El principio diferenciador del organismo supranacional de la Unión Europea consiste en el respeto de una *rule of law*. Sobre el tema cfr., F. MANCINI, *The case for Statehood*, en *Harvard Jean Monet Papers* 1998, 1: «*the European Community differed from the latter [international organisations] in many respects, by far the most significant of which was the fact that the relationship established between its institutions and its Member States, including their citizens, were subjected to the rule of law*»; y G. MANGIONE, «La responsabilità da 'illecito legislativo comunitario' e il 'legislatives Unrecht' nella Repubblica federale di Germania», en *Riv. Ital. dir. Pubbl. Comun.* 1994, 951: «*Essa quindi oltre a contenere la nuova disciplina sul particolare tema della risarcibilità del danno derivante da illecito legislativo, costituisce espressione di una nuova concezione dei rapporti tra Stato e cittadini*».

paradigma nacional de responsabilidad de la administración pública. El contraste institucional y político entre los gobiernos nacionales y la corte comunitaria revela, por tanto, un choque más profundo y de hondo calado entre dos paradigmas: el nacional sedimentado en la teoría general y en fase de declive y el supranacional naciente y poco consolidado. Esta tensión dialéctica revela también la lógica institucional entre centralización o descentralización de los recursos por violación del Derecho Comunitario: entre «*police-patrol*» *enforcement* y «*fire-alarm*» *enforcement*⁸⁷. En los Estados Unidos es sin duda más advertida la necesidad de excluir «*sensitive polycentric issues from the ambit of judicial enquiry*»⁸⁸. El modelo comunitario es «revolucionario» y, justamente por su carga innovadora, más expuesto a las resistencias nacionales.

El primer paso emprendido por el tribunal comunitario prevé un modelo objetivo⁸⁹ de responsabilidad estatal por falta de transposición de una directiva comunitaria. El ilícito considerado en la sentencia Francovich es particularmente significativo: la directiva es la herramienta privilegiada en la consecución del mercado único en una óptica cuasi-federal⁹⁰. El objetivo de la armonización mediante la intermediación estatal⁹¹ tiene como efecto negativo la grave y reiterada violación de

⁸⁷ J. TALLBERG, *European Governance and Supranational Institutions: Making States Comply (Routledge Advances in European Politics)*, Routledge, 2003.

⁸⁸ Imprescindible es la aportación de M. ANDENAS - D. FAIRGRIEVE, *Sufficient Serious? Judicial Restraint in Tortious Liability for Public Authorities and the European Influence*, en AA.VV., *English Public Law and the Common Law of Europe*, London, 1998, 293. Cfr. J. E. PFANDER, «Member state liability and constitutional change in the United States and Europe», en *Amer. J. Compar. Law*, 51 (2): 237-274 SPR 2003.

⁸⁹ R. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, Madrid, 1997.

⁹⁰ Cfr., F. SNYDER, *The effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, cit., 40: «By virtue of its unique characteristics, a directive is ideally suited to a federal or confederal system. In principle, it provides a Community umbrella which allows for national diversity and variation within the range and scope permitted by the terms of the directive». En algunas materias fijadas por el Tratado institutivo, «può presumersi la volontà degli Stati membri di non consentire a così incisive limitazioni della propria sovranità nazionale»; R. CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, cit., 87. Cfr. C. LEWIS - S. MOORE, *Obblighi, direttive e risarcimento del danno secondo il diritto comunitario*, en *Problemi Amm. Pubbl.*, 261 ss.; y C. PLAZA MARTÍN, *Furthering the effectiveness of EC directives and the judicial protection of individual rights thereunder*, cit., 26.

⁹¹ F. SNYDER, *The effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, cit., 42. Cfr., C. LEWIS - S. MOORE, *Obblighi, direttive*

esta obligación de intervención interna. «*Un'efficace applicazione delle direttive è essenziale per un'efficace tutela dei diritti comunitari e per il completamento del mercato unico*»⁹². Así la cuestión del principio de eficacia de las directivas⁹³ se entronca sólidamente en la temática de las sanciones comunitarias⁹⁴, asumiendo una posición central a causa de la gravedad y de la reiteración del ilícito⁹⁵.

En segundo lugar, y precisamente por la energía centrípeta que ejerce la opción emprendida por el Tribunal de Justicia de crear una técnica de sanción más invasiva respecto de los sistemas nacionales, ésta encuentra una serie de obstáculos en la resistencia opuesta por los Estados miembros. El fresco que pinta la Corte de Luxemburgo es sin duda sugestivo y representa la culminación del proceso de constitucionalización

e risarcimento del danno secondo il diritto comunitario, cit., 261: «*Le direttive stesse costituiscono uno strumento di aggiornamento legislativo più flessibile e meno controverso dei regolamenti*».

⁹² C. LEWIS - S. MOORE, *Obblighi, direttive e risarcimento del danno secondo il diritto comunitario*, cit., 261.

⁹³ Cfr. L. MILLÁN MORO, «La eficacia directa de las directivas: evolución reciente», en *Rev. Inst. Europ.*, vol. 18, n. 3, 1991, pp. 842 ss.

⁹⁴ Cfr. C. PLAZA MARTÍN, *Furthering the effectiveness of EC directives and the judicial protection of individual rights thereunder*, cit., 35: «*In 1990 the number of judgment of the European Court with which member States failed to comply was 83. Most involved failure to transpose Community directives, and more than one third concerned Italy*»; y G. PONZANELLI, *La responsabilità civile e l'Europa*, en *Foro It.* 1992, IV, 152: «*D'altra parte, le trame del diritto comunitario non conoscono sistemi o regole avvicinabili a meccanismi del tipo astreintes: quando il singolo Stato membro non abbia adempiuto alla ricezione nella propria normativa interna degli atti comunitari, possono solo scattare pronunce di tipo dichiarativo dell'inadempimento*».

⁹⁵ Acerca de la particular gravedad del asunto versan los estudios de G. TESAURO, *La sanction des infractions au droit communautaire*, cit., 480, el cual habla «*d'une intolérance et d'une irritation diffuses*»; F. SNYDER, *The effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, cit., 29, que hace referencia a una tabla estadística del *article 169 infringement proceeding for all member States*, desde 1975 hasta 1990; y, finalmente E. SZYSZCZAK, «European Community law: new remedies, new directions?», en *Modern law rev.* 1992, 55, 690, la cual, citando la séptima relación de la Comisión al Parlamento europeo sobre el estado de cumplimiento comunitario (1989, OJ 1990 C232/1), sostiene: «*Recent annual reports on the monitoring of Community law have shown an increased willingness on the part of EC Commission to commense Article 169 EEC and Article 171 EEC actions against the Member States. However, the Interim Report on the implementation of the Single market programme reveals that there are still long delays in transposing some measures into national law*».

del Derecho Comunitario mediante el principio del Estado de Derecho⁹⁶. La vertiente de mayor interés en la tranquila revolución del Derecho Comunitario⁹⁷ yace justo en la responsabilidad del legislador, máxima expresión de la soberanía nacional. La dialéctica institucional y política entre los Estados miembros y las instituciones comunitarias, el Tribunal de Justicia *in primis*, se endurece. Los paradigmas conceptuales estatal y comunitario entran realmente en una fase de conflicto áspero.

V. DE GALILEO A NEWTON: EL ANÁLISIS DE LAS INTERACCIONES ENTRE SISTEMAS JURÍDICOS

Este planteamiento jurisprudencial se demuestra poco propicio a su asimilación en ámbito nacional, a su interiorización en las disciplinas nacionales. En otros términos, se presta poco a su proliferación en forma de *cross-fertilization* judicial. Sólo un ordenamiento estatal dispone de un modelo objetivo de responsabilidad (la *responsabilidad administrativa* española)⁹⁸; por tanto, imponer un esquema objetivo ha supuesto fijar una normativa comunitaria *tout court*, sustituyéndola a las normas nacionales en tema de responsabilidad estatal. Esta operación ha fuertemente perjudicado el *background* nacional, necesario para el éxito del proceso dialéctico de *cross-fertilisation*⁹⁹. El modelo comunitario no se puede resolver en un mero proceso de *legal transplantation*: el esquema normativo forjado en las salas de Luxemburgo ha de ser calado en las diversas realidades nacionales, coloreándose de varios matices jurídicos. Es lo que Scoditti designa con el término de «*illicito interfacciale*», resultado híbrido de una dialéctica entre ordenamientos comunitario y nacionales¹⁰⁰. Ello representa «*a model for potential cross-fertilisa-*

⁹⁶ M. FERNÁNDEZ ESTEBAN, *The Rule of Law in the European Constitution*, cit. Cfr. también K. ALTER, *Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford University Press, 2002.

⁹⁷ J. H. H. WEILLER, «A Quiet Revolution: the European Court of Justice and Its Interlocutors», en *Comp. Pol. Studies*, 1994, 519 ss.

⁹⁸ F. SCHOCKWEILLER, *Le régime de la responsabilité extracontractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne*, en *Rev. Trim. Dr. Europ.* 1990, 53.

⁹⁹ Cfr. K. LENAERTS, «Interlocking legal Orders in the EU and comparative Law», en 2003 ICLQ, 917: «The comparative approach thus becomes an exercise in 'psyco-diplomacy for the Community courts'».

¹⁰⁰ E. SCODITTI, «La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario», en *Danno e responsabilità*, 2005, 12. La dialéctica entre el sistema comunitario

tion»¹⁰¹, no una atrevida e indeseada operación de *legal transplantation*¹⁰². Los cuatro años de «silencio de oro» en la fórmula acuñada por Harlow¹⁰³ para definir la exigua respuesta de las jurisdicciones nacionales al impulso *Francovich* no ha de considerarse en términos de *sanction of inaction*, como afirman los juristas neo-funcionalistas¹⁰⁴, sino un síntoma de un profundo rechazo cultural al nuevo paradigma comunitario.

La sentencia *Brasserie/Factortame III*¹⁰⁵ no supone tan sólo un cambio significativo de los requisitos necesarios para acoger la petición de

rio y los nacionales ya se había planteado en el ensayo A. LAZARI, «Lotta contro l'immunità o contro i mulino a vento? Profili comparatistici della responsabilità oggettiva dello Stato», en *Riv. It. Dir. Pubbl. comun.* 1998, 315 ss. y recientemente confirmado en IDEM, *Modelli e paradigmi di responsabilità dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2005.

¹⁰¹ J. BEATSON - T. TRIDIMAS, *Introduction*, en AA.VV., *New Directions in European Public Law*, cit., 10.

¹⁰² En el tema de los tranplantes legal véase O. KAHN-FREUND, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, en *Mark. Law Rev.* 1974, 1 ss.; y A. WATSON, *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*, Edinburgh, 1974; IDEM, *Aspects of Reception of Law*, en *AJCL* 1996, 335 ss.

¹⁰³ La expresión es de C. HARLOW, *Francovich and the Problem of the Disobedient State*, cit., 202.

¹⁰⁴ J. TALLBERG, *European Governance and Supranational Institutions: Making States Comply (Routledge Advances in European Politics)*, Routledge, 2003 título significativamente un párrafo «*When inaction is more effective than action*».

¹⁰⁵ Cfr. R. CARANTA, *Conferme e precisazioni in materia di responsabilità per violazioni del diritto comunitario (Nota a Corte giust. Comunità europea, 5 marzo 1996, n. 46, 48/93, Brasserie Factortame ltd.)*, en *Foro amm.*, 1997, 58 ss.; G. B. GOLETTI, *Diritto comunitario e responsabilità nazionali (Nota a Corte giust. Comunità europea, 5 marzo 1996, n. 46, 48/93, Brasserie Factortame ltd.)*, en *Foro amm.*, 1996, 218 ss.; F. TORIELLO, *La responsabilità extracontrattuale per violazione del diritto comunitario: prime osservazioni in tema di illecito «legislativo» comunitario (Nota a Corte giust. Comunità europea, 5 marzo 1996, n. 46, 48/93, Brasserie Factortame ltd.)*, en *Nuova giur. civ.*, 1997, 502 ss.; L. TRIFONE, *La responsabilità degli stati in diritto comunitario: le sentenze nelle cause Brasserie du pêcheur, Factortame III e Hedley Lomas (Nota a Corte giust. Comunità europea, 5 marzo 1996, n. 46, 48/93, Brasserie Factortame ltd. e Corte giust. Comunità europea, 23 maggio 1996, n. 5/94, Hedley Lomas ltd.)*, en *Dir. comunitario scambi internaz.*, 1997, 63 ss.; G. F. CARTEI, *La corte di giustizia e la responsabilità dello stato per violazione di norme comunitarie: una nuova pronuncia (Nota a Corte giust. Comunità europea, 5 marzo 1996, n. 46/93 e 48/93, Brasserie du Pecheur S A c. Gov. Germania federale)*, en *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1996, 73 ss.; G. ROSCIONI, *Illecito del legislatore e responsabilità dello stato per violazione del diritto comunitario (Nota a Corte giust. Comunità europea, 5 marzo 1996, n. 46/93 e 48/93, Brasserie du Pecheur S A c. Gov. Germania federale)*, en *Danno e resp.*, 1996, 30 ss.

indemnización, sino más bien una mutación del alcance del principio de responsabilidad. Éste ha de aplicarse no sólo a los supuestos de falta de transposición de una directiva, hipótesis en la que emerge un perfil de responsabilidad *in re ipsa*, sino a cualquier violación del Derecho Comunitario. Tal planteamiento supone consiguientemente la introducción de un requisito más elástico y abstracto: la violación suficientemente caracterizada. Esta condición sirve para operar la generalización del ya existente principio de responsabilidad de las instituciones comunitarias, previsto en el art. 288 TCE.

La noción de violación suficientemente caracterizada incluye factores objetivos y subjetivos relacionados con la evolución de la culpa. Está claro que si es cierto que no se trata de un sistema objetivo «a la española», que prescinde por completo de la existencia y prueba de la culpa, tampoco se considera la violación suficientemente caracterizada como un elemento exclusivamente subjetivo como ocurre en el sistema inglés, que se basa en un tipo de *fault* de origen privatístico.

La operación meta-jurídica llevada a cabo por el Tribunal de Justicia es clara: «*It is, of course, necessary to balance the need to ensure effective remedies for the enforcement of Community law and the interest of not holding public authorities liable for all acts contrary to Community law. The prospect of damages for strict liability could hinder Member States from performing their legislative and executive functions*»¹⁰⁶. Es igualmente evidente que cuando el gobierno nacional dispone de un amplio margen de maniobra, su capacidad de ocasionar un ilícito por vulneración del Derecho Comunitario se restringe.

A fin de lograr la aplicación del paradigma comunitario de responsabilidad, los jueces comunitarios se apoyan en el diálogo judicial con los jueces nacionales¹⁰⁷. A este propósito, Weiler habla de *judicial conversation*, condicionando la efectiva aplicación del sistema judicial comunitario a la recepción de los principios comunitarios en los sistemas nacionales. Si este diálogo se interrumpe, por consiguiente, se complica también la misma labor jurisprudencial del Tribunal de Justicia. Esta

¹⁰⁶ D. BEACH, *Between Law and Policy: A Political Science analysis of the European Court of Justice in the period 1980-1998*, cit., p. 122.

¹⁰⁷ Cfr. R. ALONSO GARCÍA, *Actividad judicial v. inactividad normativa*, en *Rev. Adm. Púb.*, 2000, IDEM, *El juez español y el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, 2003; D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, *Poder judicial e integración europea (La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión)*, Civitas, Madrid, 2004.

especie de sensibilidad jurisprudencial de la Corte comunitaria ahonda sus raíces en la ausencia de un sistema judicial federal a la americana y en la falta del principio jerárquico en las relaciones juez nacional-juez comunitario¹⁰⁸. El Tribunal de Luxemburgo ha de tener en debida cuenta las dificultades conceptuales de los jueces nacionales, si pretende ver aplicada su jurisprudencia¹⁰⁹. En esta óptica se explica la constante búsqueda de soluciones prudentes y sensibles a las disciplinas nacionales; se explica, asimismo, la labor comparativa y de síntesis de los jueces comunitarios.

1. LA FASE ASCENDENTE DE LA *CROSS-FERTILISATION* EN TEMA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: EL ESQUEMA-FACTORTAME BASADO EN LOS REQUISITOS DE LA *FAUTE DE SERVICE* FRANCESA Y DE LA *SCHUTZNORMTHEORIE* ALEMANA

En el planteamiento Factortame se perfila no sólo una circulación en dirección descendente (desde el tribunal comunitario a los tribunales nacionales), sino que, anteriormente a ello, se produce una fuerte tendencia ascendente hacia la comparación y la consiguiente determinación de un modelo comunitario de responsabilidad estatal¹¹⁰.

La fase descendente de *cross-fertilisation* adquiere sentido y vigor si la labor previa de comparación y creación de la corte ha sido realizada

¹⁰⁸ Absolutamente imprescindible es la reflexión de K. LENAERTS, «Interlocking Legal Orders in the EU and Comparative Law», en 2003, ICLQ 879: «Knowing that Community legal order and the national legal orders are closely intertwined and even interdependent in that the former can only function properly if the latter are willing to ensure the correct application of Community Law, The Court of Justice [...] will want to avoid 'going too far' and may therefore opt for a solution which [...] has the advantage of being 'compatible' with the traditions of the Member States and of not hurting special sensitivities in certain Member states».

¹⁰⁹ D. RUIZ-JARABO COLOMER, *El juez nacional como juez comunitario*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 34 ss.

¹¹⁰ Cfr. L. ANTONIOLLO DEFLORIAN, *Francovich e le frontiere del diritto europeo*, en *Giur. It.* 1993, I, 1, 1593: «la Corte di Giustizia ha operato per definire le caratteristiche dell'ordinamento comunitario [...], attuando una sorta di 'costituzionalizzazione' del diritto comunitario, e facendo sì che ne fosse garantita la massima ed uniforme applicazione ed efficacia; nel fare ciò essa ha fatto anche ampio uso della comparazione, per vagliare i principi comuni degli Stati membri ed utilizzarli quindi nelle proprie elaborazioni»; J. SCHWARZE, «The European Constitution and Administrative Law», en ICLQ 2004, 53 ss.

de manera satisfactoria. En su tarea de comparación y síntesis de los principios de responsabilidad extracontractual presentes en los Estados miembros¹¹¹, ella no ha obrado solamente por encontrar un mínimo común denominador, sino que, en la mayoría de los casos, ha expresado una opción de fondo en pro de la solución considerada más adecuada.

La tipología de responsabilidad estatal constituye, asimismo, objeto de análisis comparativo bajo el dúplice perfil de la *Schutznormtheorie* alemana y de la *faute de service* francés.

Respecto del elemento subjetivo del ilícito, el Tribunal de Justicia ha acogido la solución principal de la doctrina francesa¹¹², que excluye la presencia de cualquier investigación sobre la culpa privatística en caso de ilícito provocado por la emanación de actos administrativos. El sistema francés se basa en la presencia de la *faute de service*, entendida como falta de las obligaciones contraídas por las administraciones públicas. No existe, sin embargo, un sistema objetivo de responsabilidad de los poderes públicos sólo presente en la disciplina administrativa española. Existe una tendencial coincidencia entre ilegitimidad y responsabilidad en la noción de *faute simple*, mientras se requiere un umbral de ilícito más elevado en los supuestos de responsabilidad por culpa grave: *faute lourde*. El parámetro valorativo de la *faute administrative* es naturalmente muy elástico y modulado según la complejidad de las prestaciones de las administraciones. En la disciplina inglesa de *administrative law*, al contrario, la ilegitimidad de la acción administrativa no comporta de por sí la responsabilidad de la administración por los perjuicios causados¹¹³. Además, si se considera que, por un lado, la más reciente jurisprudencia inglesa excluye del campo del *tort of negligence* los casos en los que el particular sólo lamenta una *mere economic loss*,

¹¹¹ Cfr. G. VENTURINI, *La responsabilità extracontrattuale delle comunità europee*, Milano, 1980, 18; F. POCAR, *Lezioni di diritto comunitario*, III ediz., Milano, 1986, 200 ss.; J. SCHWARZE, *Tendencies Towards a Common Administrative Law*, en *Europ. Law Rev.* 1991, 7 ss.; J. MERTENS DE WILMARS, «Le droit comparé dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes», en *J.T.* 1991, 37 ss.; F. CASTILLO DE LA TORRE, «La responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias por actuaciones relativas a las relaciones exteriores», en *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, serie D, n.º D-28, 1997, pp. 7-46.

¹¹² Cfr. F. SCHOCKWEILER - G. WIVENES - J. M. GODART, «Le régime de la responsabilité extracontractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne», en *Rev. Trim. droit Eur.* 1990, 33 ss.

¹¹³ *Dunlop v. Woollahara Municipal Council* [1982] A. C. 171; *Rowling v. Takaro Properties Ltd* [1988] 2 W. L.R. 433.

mientras que, por otro lado, las otras figuras de *tort* difícilmente se adaptan a subsumir las conductas de las administraciones públicas, ha de concluirse que en muchas hipótesis constituye ilícito sólo la ilegítima adopción de un acto administrativo caracterizado por el requisito del dolo, como es en la figura de la *misfeasance in public office*.

A propósito del elemento objetivo del esquema-*Francovich*, el particular afectado por la violación de normas comunitarias puede hacer valer su pretensión indemnizatoria sólo cuando pruebe un derecho surgido por la norma comunitaria infringida. Moviéndose en la esfera de la *Normzwecktheorie* alemana, el juez comunitario reconoce el derecho al resarcimiento sólo en el caso en que el comportamiento de los órganos nacionales viole una norma de protección de los particulares. El criterio del fin de la norma¹¹⁴ se aplica en muchos ordenamientos nacionales¹¹⁵, aunque en ellos produce resultados contrastados. La llamada *Normzwecktheorie* se caracteriza, por tanto, por su extrema polivalencia¹¹⁶. La búsqueda del fin de la norma violada, con la consiguiente división de las posiciones jurídicas subjetivas, cobra un papel fundamental en las argumentaciones de los juristas ingleses. Los problemas de los límites de la responsabilidad por *breach of statutory duty* se resuelven investigando precisamente el fin de la norma en cuestión. Los jueces verifican, ante todo, si la norma violada estaba pensada con la finalidad de proteger la categoría a la que pertenece el demandante. El criterio de la *Normzwecktheorie* asume, además, un significado institucional más amplio; éste es empleado para diferenciar los ámbitos regidos por el derecho público de aquellos disciplinados por el derecho común. Cuando un deber concierne a la generalidad de los ciudadanos, habrá un *public law right*; si, en

¹¹⁴ Desde el punto de vista de la filosofía del derecho, clásica es la obra de B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, traducción italiana editada por C. Fadda e P.E. Bensa, Torino, 1930, 105 ss.

¹¹⁵ «La *Schutznormtheorie* non pare [...] trovare molti esempi di applicazione in Francia, anche se non si manca di rilevare [...] esempi in materia di regimi legislativi di responsabilità»; R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della p.a.*, Giuffrè, 1992, 401.

¹¹⁶ La correspondencia entre el planteamiento alemán y el italiano —y belga— ha sido puesto de manifiesto por G. EORSI, *Private and Governmental liability*, cit., 105: «It is necessary that the duty violated should have been established specifically for the protection of private individuals. This requirement corresponds to the BELGIAN as well as the ITALIAN approach conditioning governmental liability upon the violation of substantive rights». Esta polivalencia se puede traducir en una cierta ambigüedad. Cfr. R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della p.a.*, cit., 405 ss.

cambio, el *duty* se refiere sólo a simples particulares o bien a específicas categorías de personas, ellos podrán disfrutar de un *private law right*. En Inglaterra, sin embargo, el criterio diferenciador del fin de la norma ha ciertamente contribuido a restringir los ámbitos de responsabilidad.

El criterio de la *Normzwecktheorie* nace y se desarrolla en el derecho alemán. En base al § 839 BGB, el funcionario y la entidad pública son responsables civilmente en caso de violación de un *obliegende Amtspflicht*¹¹⁷. Este criterio se emplea para individualizar casuísticamente cuáles deberes de la administración pública son fuentes de indemnización a favor del ciudadano afectado¹¹⁸. La tutela de los ciudadanos planteada por la *Normzwecktheorie*, integra un amplio abanico de deberes impuestos a la administración con el fin de proteger la esfera jurídica del ciudadano. No tiene cabida en el campo de responsabilidad del Estado, en cambio, el incumplimiento de las normas pensadas en el exclusivo interés del Estado o del público en general¹¹⁹. El derecho alemán es bastante más generoso a la hora de admitir la existencia del *obliegende Amtspflicht*¹²⁰. Es suficiente, en efecto, que la norma esté planteada **también** —y no exclusivamente, como en el sistema italiano e inglés— a favor del ciudadano¹²¹.

¹¹⁷ Cfr. G. EORSI, *Private and Governmental liability*, cit., 108; G. MANGIONE, *La responsabilità da 'illecito legislativo comunitario' e il 'legislative Unrecht' nella Repubblica federale di Germania*, cit., 953; G. JAENICKE - P. SELMER, *La responsabilità dello Stato per l'azione anti-giuridica dei suoi organi amministrativi nella Repubblica federale tedesca*, en *La responsabilità della pubblica amministrazione* a cura di E. Cannada Bartoli, 160 ss.; VV.AA., *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, coordinado por J. Barnes Vázquez, Tecnos, 1996.

¹¹⁸ R. MUBGNUG, *La responsabilità dello Stato per il comportamento illecito dei suoi organi nell'ordinamento della Repubblica federale tedesca*, en *Foro amm.* 1976, 1995 ss.; W. RÜFNER, *Basic elements of German law on State liability*, en J. BELL - W. BRADLEY, *Governmental liability: a comparative study*, London, 1991, 251.

¹¹⁹ Cfr. W. RÜFNER, *Basic elements of German law on State liability*, cit., 254.

¹²⁰ Cfr. F. SCHOCKWEILER - G. WIVENES - J. M. GODART, *Le régime de la responsabilité extracontractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne*, cit., 30.

¹²¹ Cfr. A. LAZARI, *Las nuevas perspectivas de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado y en el Derecho Comunitario*, en VV. AA., *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el marco de la estructura territorial del Estado*, Civitas, 2000, 125 ss.; G. JAENICKE - P. SELMER, *La responsabilità dello Stato per l'azione anti-giuridica dei suoi organi amministrativi nella Repubblica federale tedesca*, cit., 107.

2. LA FASE DESCENDENTE DE LA *CROSS-FERTILISATION*:
LA ACTIVACIÓN DE UN PROCESO DE INTERACCIÓN ENTRE
SISTEMAS JUDICIALES

¿El pasaje de una responsabilidad objetiva a una semi-objetiva es un paso atrás en el fortalecimiento del Derecho Comunitario?¹²² En primer lugar, la versión de la responsabilidad objetiva limitada a una determinada hipótesis de la falta de transposición de una directiva, aun muy generosa bajo el perfil compensatorio, no había producido algún resultado práctico en las cortes nacionales¹²³. En segundo lugar, elevando el instituto de la responsabilidad a rango de principio general del ordenamiento jurídico, ampliando así el radio de acción a toda infracción del Derecho Comunitario, era lógico prever un redimensionamiento a un sistema semi-objetivo *à la française*¹²⁴.

La elasticidad de tal parámetro es un elemento muy apreciable en tanto que «*is a defensible approach, striking an appropriate balance between the rights of the individual and the task of the legislature*»¹²⁵. En efecto, las primeras respuestas positivas de los jueces nacionales han llegado tras la revisión del estándar valorativo de la violación suficien-

¹²² Cfr. S. ABOUDRAR-RAVANEL, «Responsabilité et primauté, ou la question de l'efficacite de l'outil», en *Rev. Marc. Com.*, 1999, 550.

¹²³ Así C. HARLOW, *Francovich and the Problem of the Disobedient State*, cit., 202.

¹²⁴ Las razones sobreentendidas a la reactivación del círculo virtuoso judicial son explicitadas recientemente en las conclusiones presentadas por el Abogado General LÉGER a la sentencia C-224/01, Gerhard Köbler, punto 53: «Constituidas por el Derecho, las Comunidades Europeas se han desarrollado y consolidado esencialmente a través del Derecho. El juez nacional, cuya función es aplicar el Derecho, incluido el comunitario, constituye indudablemente una pieza esencial del ordenamiento jurídico comunitario. Situado en la "encrucijada" de diversos sistemas jurídicos, tiende a contribuir esencialmente a la aplicación efectiva del Derecho Comunitario y, en definitiva, al desarrollo del proceso de integración europea. En consecuencia, es comprensible que el Tribunal de Justicia no haya dejado de subrayar, en su jurisprudencia, el papel determinante del juez nacional en la aplicación del Derecho comunitario. Además, puede advertirse en este contexto la elaboración progresiva de una verdadera "ética jurisdiccional comunitaria"». La última expresión es parafraseada por F. GREVISSE - J. C. BONICHOT, *Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres*, en AA.VV., *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, 297 ss.

¹²⁵ P. EECKHOUT, *The European Court of Justice and the Legislature*, en *Yearbook of European Law - Volume 18: 1998*, editado por P. EECKHOUT - T. TRIDIMAS, OUP,

temente caracterizada¹²⁶. «*There is no mellowing down, but consolidation and studied deference*»¹²⁷. Esta nueva configuración de la responsabilidad comunitaria ha reavivado su aplicación en ámbito nacional tras un periodo de inaplicación grave. «*Legal integration is not simply the issuing of legal decisions which create new doctrine, but more importantly the acceptance of this jurisprudence within national legal systems and by national politicians*»¹²⁸. La creación de un parámetro mayormente general y flexible de responsabilidad ha promovido claramente un fenómeno de *cross-fertilisation*, a su vez impulsado por un grado superior de 'aceptabilidad' del mismo nuevo parámetro.

El fenómeno de *cross-fertilisation* se distingue de la operación de trasplante jurídico, porque «*it implies that an external stimulus promotes an evolution within the receiving legal system*», de manera que «*the new development is a distinctive but organic product of that system rather than a bolt-on*»¹²⁹. La circulación de modelos jurídicos sobreentiende dos elementos: externo, el paradigma comunitario de responsabilidad; e interno, la disciplina nacional de responsabilidad del Estado. Los fenómenos de reluctancia a la asimilación del esquema comunitario han de ser leídos en la óptica de una profunda dialéctica cultural, donde el juez

2000, 12. Se trata de un parámetro flexible también bajo el perfil político: «*the key will be balance. The most visible violations of the law and the most visible violators of the law need to be challenged to avoid the perception that rules can be violated with impunity. But not every violation and violator needs to be caught*»; K. ALTER, *Establishing the European Law Supremacy: The Making of an International Rule of Law in Europe*, cit., 228.

¹²⁶ Cfr. sentencia del Trib. di Caltanissetta, 15 septiembre 1997, en *Danno e Responsabilità* 1998, 3, 334-350, con nota de A. LAZARI, «'Eppur si muove!': Galileo, i giudici e la responsabilità statale per violazione del diritto comunitario»; y la decisión de la *House of Lords*, 28 octubre 1999, en *Danno e Responsabilità*, 2000, 1187-1202, IDEM, «*La responsabilità dello Stato legislatore in Inghilterra: la rivoluzione della cross-fertilisation*».

¹²⁷ T. TRIDIMAS, «Liability for Breach of Community Law: Growing up and Mellowing down?», en *CML Rev.*, 2001, 332.

¹²⁸ K. ALTER, *Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence: A Critical Evaluation of Theories of Legal Integration*, en AA.VV., *The European Courts and National Courts: Doctrine and Jurisprudence*, editado por Anne-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet - Joseph H. H. Weiler, Oxford, Hart Publishing 1999, 227.

¹²⁹ J. BELL, *Mechanism for Cross-fertilisation of Administrative Law in Europe*, en *New Directions in European Public Law*, editado por J. Beatson - T. Tridimas, Hart Publishing, Oxford, 1998, 147.

nacional endosa las vestiduras del novel Hércules¹³⁰, no tanto en el sentido dworkiano, por su grandiosa capacidad de dominar el panorama jurídico, sino porque se encuentra en una encrucijada: ¿defensor a ultranza de los cánones nacionales o portavoz de la nueva tendencia comunitaria¹³¹? La *cross-fertilisation* no es un fenómeno legal asimilable a la armonización de legislaciones estatales, previsto por los arts. 94 e 95 TCE; se mueve por debajo de la superficie jurídica. La *cross-fertilisation*, entonces, no es sólo el camino victorioso y positivo hacia la asimilación del Derecho Comunitario¹³²: es también muestra de que existen parámetros culturales diferentes que entran en conflicto.

Recorriendo *à rebours* el camino de la asimilación de la matriz comunitaria, ha de destacarse que el sistema francés, a diferencia de la reciente jurisprudencia inglesa, tarda en traducir el modelo comunitario en el panorama jurídico interno, a pesar de la tendencial *vicinitas* entre los dos regímenes. Pocos meses después de la decisión Francovich, el Consejo de Estado dicta la citada sentencia *S.té Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France*¹³³. Más allá de la esporádica reacción del tribunal administrativo de apelación de París en la sentencia *Dange-*

¹³⁰ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1977

¹³¹ Cfr. D. ROSSA PHELAN, *Revolt or Revolution: The Constitutional Boundaries of the European Community*, Round Hall, Dublin, 1997.

El alcance del fenómeno cultural no escapa a los ojos de las instituciones comunitarias: la Comisión, tras haber apoyado la solución descentralizada de la responsabilidad del Estado, lanza una ambiciosa campaña a favor del conocimiento del Derecho Comunitario y del nuevo parámetro de responsabilidad. Nos referimos a la acción ROBERT SCHUMAN. El nexo causal entre la afirmación del principio de responsabilidad y el conocimiento del Derecho Comunitario es subrayado por J. TALLBERG, *European Governance and Supranational Institutions: Making States Comply (Routledge Advances in European Politics)*, Routledge, 2003.

¹³² P. BIRKINSHAW, *European Public Law*, Oxford University Press, 2003, 7: «There is a sense of anti-globalisation and anti-Europeanisation behind such attacks and perhaps a fear of some sense of pending legal imperialism driven by economic and commercial determinism. As between different cultures, legal or otherwise, I join in with an exclamation of 'Vive la difference!' But we should refuse to deny the obvious benefits that may be gained by influences and developments outside our own or to close our eyes to the degree of mutual influence that is taking place».

¹³³ C. E. 28 febrero 1992, en *AJDA* 1992, 210 ss.; en *Rev. Franç. Dr. Adm.* 1992, 424 ss., con nota de L. Dubois; en *Rev. Dr. Pub.* 1992, 1480, con nota de F. Fines. Cfr. también D. SIMON, «Le Conseil d'Etat et les directives communautaires: du gallicisme à l'orthodoxie?», en *Rev. Trim. Dr. Europ.* 1992, 265 ss.

*ville*¹³⁴, posteriormente desestimada por el *Conseil d'Etat* en octubre de 1996¹³⁵, en el contexto francés la interpretación del modelo comunitario se reduce a la decisión del Tribunal de Casación *Johnny Walker*¹³⁶, que subsume la violación del Derecho Comunitario en la categoría indemnizatoria de la *faute lourde*. La sentencia del Consejo de Estado francés revela la dificultad conceptual de los jueces franceses a romper el tabú de la omnipotencia del legislador, igual que la sentencia de la Cassazione italiana 10617/95¹³⁷. A la ráfaga de sentencias del Tribunal de Justicia de 1996 ha seguido en el mismo año una igualmente perentoria respuesta de las Altas jurisdicciones de los Estados miembros, todas igualmente contrarias a la aceptación de las hipótesis del ilícito del legislador. En potencia el modelo francés, dotado del parámetro valorativo tendencialmente objetivo de la *faute*, y del régimen residual de la *responsabilité sans faute*, representa el término comparativo nacional mayormente adecuado para acatar el impulso comunitario¹³⁸. Sin embargo, es el sistema estatal más enrocado entorno a la defensa de la soberanía nacional. El *Conseil d'Etat* ha hasta ahora eludido cualquier intervención sobre la compatibilidad interna del sistema comunitario, «*considering any interference by the ECJ in French domestic affairs as a direct menace to its administrative and political power and chose therefore to ignore the*

¹³⁴ CAA Paris 1 julio 1992, *Dangeville*, in *Act. Jur. Dr. Adm.*, 1992, 768, con nota de Pretot; en *Dr. fisc.*, 1992, n. 1665; en *Europe*, 1992, n. 445, nota de Simon. Cfr. S. STASSINOPOULOS, *La responsabilité de l'Etat*, LGDJ, Paris, 1998.

¹³⁵ CE Ass., 30 octubre 1996, *Ministre du Budget c. SA Dangeville*, en *Rev. Franç. Dr. Adm.* 1997, 1059; en *Rev. Trim. Dr. Europ.* 1997, 171 ss.; decisión confirmada en CE, 30 ottobre 1996, *Cabinet Revert et Badalon*, en *Rev. Franç. Dr. Adm.* 1997, 1062.

¹³⁶ Tribunal Supremo, 21 de febrero 1995, *United Distillers France, John Walkers and Sons*, en *Europe*, mayo 1995, 172.

¹³⁷ La sentencia es publicada en *Resp. civ. prev.*, 1996, 309 ss., con nota de R. Caranta, *In materia di conseguenze della mancata trasposizione di una direttiva comunitaria nell'ordinamento italiano*; en *Foro it.*, 1996, I, 503 ss., con nota de E. Scoditti, *Profili di responsabilità civile per mancata attuazione di direttiva comunitaria: il caso «Francovich» in Cassazione*; y en *Danno e resp.*, 1996, 2, 96 ss., con nota de G. Roscioni, cit.

¹³⁸ Observación compartida por R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1993. Recientemente sostiene G. ALBERTON, *Le régime de la responsabilité du fait des lois confronté au droit communautaire: de la contradiction à la conciliation?*, cit., 1030: «*comme ces conditions s'avèrent en réalité parfaitement identiques à celles qu'exige traditionnellement le juge français*».

ECJ»¹³⁹. Los jueces franceses se resisten a concebir una categoría jurídica de ilícito aplicada a la conducta del legislador nacional: ubican la conducta del legislador nacional en el compartimiento de la *responsabilité sans faute*.

En el Reino Unido, a la luz de los impulsos comunitarios, se ha observado que «*the judgment in Francovich [...] will have far-reaching consequences on the public law/private law debate in English law*»¹⁴⁰. En el caso *Kirklees MBC vs Wickes Building Supplies*¹⁴¹, la Cámara de los Lords expresa sus dudas acerca de la compatibilidad del caso *Bourgoin* con la sentencia *Francovich*¹⁴², añadiendo que el Estado inglés se exponía al riesgo de ser condenado por violación del art. 30 del Tratado. Desde el principio ha de destacarse la predisposición del orden judicial inglés a adecuarse al nuevo reto comunitario, aunque «*state liability on the ECJ's model involves greater judicial activism than English judges are accustomed to, and may involve a wider view of what issues are justiciable*»¹⁴³.

El punto absolutamente central no sólo en la *governmental liability*, sino en el propio equilibrio constitucional de todo ordenamiento nacional es la decisión de la *House of Lords* de 28 septiembre 1999 en el caso *Factortame V*¹⁴⁴. Ya a propósito de las precedentes decisiones de

¹³⁹ W. MATTLI – A. M. SLAUGHTER, *Construing the European Community Legal System from the Ground up: the Role of Individual Litigants and National Courts*, en *Harvard Jean Monnet Working Paper* 4/1996, 32. Véase también G. ALBERTON, «Le régime de la responsabilité du fait des lois confronté au droit communautaire: de la contradiction à la conciliation?», en *Rev. Fran. Dr. Adm.* 1997, 1019, que evidencia el tradicional «*nationalisme ombrageux du Conseil d'Etat qui, précisément, n'a jamais réellement admis la primauté du droit communautaire*».

¹⁴⁰ D. CURTIN, *State liability under Community law: a new remedy for private parties*, cit., 79. Del mismo parecer es también M. ROSS, *Beyond Francovich*, en *Modern Law Rev.* 1993, 69. No son partidarios de una revisión total del *Bourgoin case*, ni P. P. CRAIG, «Francovich, Remedies and the Scope of Damage liability», en *Mod. Law Rev.* 1993, 611; ni siquiera C. LEWIS - S. MOORE, *Obblighi, direttive e risarcimento del danno secondo il diritto comunitario*, cit., 283.

¹⁴¹ [1992] 3 W.L.R., 179; CMLR, 765.

¹⁴² Perplejidades al respecto han sido expresadas en el caso *Kirklees Metropolitan Borough Council v. Wickes Building Supplies Ltd*, [1992] 3 WLR 179.

¹⁴³ J. BEATSON - T. TRIDIMAS, *Introduction*, en AA.VV., *New Directions in European Public Law*, cit., 10.

¹⁴⁴ La sentencia aún inédita. Para un comentario sobre la saga *Factortame V*, cfr. J. JIMÉNEZ GONZÁLEZ, *La aceptación por la Cámara de los Lores de la responsabilidad patrimonial del Reino Unido en el asunto Factortame*, en *Rev. Der. Comun. Europ.*, 2000, 195 ss.

la *High Court*¹⁴⁵ y de la *Court of Appeal*¹⁴⁶ en la saga *Factortame* se evidenciaba el alcance histórico también más allá del canal de la Mancha: «los Tribunales ingleses acaban de decidir, por primera vez en la historia no sólo del Derecho inglés, sino de todo el Derecho Público europeo en general, la responsabilidad de la Corona por los daños causados a los pescadores españoles»¹⁴⁷. En la introducción de la decisión de primer grado del 11 de julio 1997, se traza claramente el surco de la diversa esfera de competencia entre el Parlamento y juez ordinario: «we have not been concerned with the political merits or demerits of the policy of the United Kingdom [...] save to the very limited extent that they are germane to the legal questions which we have to decide»¹⁴⁸. La imposibilidad de sindicar la voluntad del legislador es definitivamente abatida, no sólo bajo el perfil de la responsabilidad, sino aún antes bajo el de la razonabilidad¹⁴⁹. Como en el ejemplo español de las dos sentencias de 2003, el juez nacional no aprecia la oportunidad política de un hecho de índole político decidido por un determinado partido, sino exclusivamente la conformidad de un acto legislativo a las normas comunitarias. Se está en la esfera jurídica, no política¹⁵⁰. Y en este campo, el legislador comete un ilícito: «the King can do wrong»¹⁵¹. La constatación de la buena fe del legislador no exime, por tanto, a los jueces ingleses de condenar su conducta contraria al Derecho Comuni-

¹⁴⁵ *R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame and others*, [1997] ELR 475; e [1998] CMLR 1354.

¹⁴⁶ *R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame and others*, [1998] ELR 456.

¹⁴⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Perspectivas de las justicias administrativas nacionales en el ámbito de la Unión Europea», en *Rev. Esp. Der. Adm.* 1999, 410.

¹⁴⁸ *R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame and others*, [1998] CMLR 1364.

¹⁴⁹ *R. v. Secretary of State for Employment, ex parte Equal Opportunities Commission* [1994] I.C.R. 317. Un caso análogo ha sido interpuesto ante las cortes irlandesas: se trata de *Tate and Robinson v. Minister for Social Welfare Ireland* [1995] 1 ILRM 507.

¹⁵⁰ Para un caso análogo cfr. *Court of Appeal*, 3 julio 2002, *Regina (Factortame Ltd and Others) v Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions* (No 8), en *The Times* 9 julio 2002.

¹⁵¹ La sentencia de la *Technology and Construction Court*, 27 noviembre 2000, *Regina v. Secretary of State for Transport, Ex parte Factortame and Others* (No 7). Antes Judge Toulmin, QC, en *Times* 10 de enero de 2001: «*Government breaches of Community law are torts*».

tario¹⁵². «*The good faith of the Government is not in question*»¹⁵³. Asimismo, el umbral de tolerancia de los ciudadanos afectados por la acción legislativa se rebaja notablemente también en consideración de las palabras de Lord Hoffmann: «*I do not think that the United Kingdom, having deliberately decided to run the risk, can say that the losses caused by the legislation should lie where they fell. Justice requires that the wrong should be made good [énfasis nuestro]*». La novedad relevante es la metodología adoptada en el punto 93: «*although the nature of the breaches can be characterised as breach of statutory duty or obligations, the assessment of those breaches is undertaken in a way which is novel under English law*»¹⁵⁴. Es un claro ejemplo de *cross-fertilisation*.

Como ha demostrado recientemente la sentencia *Factortame V*, el concepto de *culpa* no se traduce bajo ningún concepto en una noción exclusivamente sancionadora-penalista, al igual que la cláusula general del *misfeasance of public office*; es decir, no postula ninguna indagación acerca de las intenciones del legislador¹⁵⁵. Conforme a los jueces de primer y segundo grado, la *House of Lords* aclara inequívocamente que, pese a que la acción del parlamento nacional proceda de buena fe, ésta se subsume igualmente en la categoría comunitaria de violación suficientemente grave. Se trata, pues, de un tipo de responsabilidad por falta objetiva en los casos de infracción más clara de las normas comunitarias primarias y secundarias¹⁵⁶, mientras que en las hipótesis mayormente controvertidas requiere el recurso a otros índices valorativos: *responsabilité pour faute simple* y *responsabilité pour faute lourde*.

¹⁵² Comprobado que el Reino Unido actuó de buena fe, la *High Court* sostiene que «*[t]he United Kingdom did not proceed regardless of the risk of illegality*»; *R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame and others*, [1998] CMLR 1389. De la misma opinión es J. JIMÉNEZ GONZÁLEZ, *La aceptación por la Cámara de los Lores de la responsabilidad patrimonial del Reino Unido en el asunto Factortame*, cit., 197 ss.

¹⁵³ Es la opinión de lord Hope of Craighead en la decisión de la *House of Lords*.

¹⁵⁴ QBD, 27 noviembre 2000, 145 S.J.L.B., 2001; 1.10.2001 *Times* 1791, 540.

¹⁵⁵ El Tribunal de Justicia en la sentencia *Factortame III* ha sido iluminante y neta al respecto, eliminando una noción exclusivamente sancionadora de la falta, ínsita en la noción de *misfeasance of public office*. Por ello, donde la corte afirma que la conducta ilícita de origen comunitario no depende de la *culpa*, ésta pretende referirse al criterio ondulante de *culpa* civilista y subjetiva, invocada al contrario por VAN GERVEN. En este sentido R. BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, cit., 119 ss.

¹⁵⁶ Cfr. G. ALPA-M. Bessone, *I fatti illeciti*, cit., 292 ss.

También el territorio jurídico italiano de responsabilidad del Estado es escenario adaptado para analizar la dialéctica entre los dos paradigmas conceptuales. Es absolutamente clarificador el neto rechazo al paradigma comunitario esgrimido por la desafortunada decisión 10617/95¹⁵⁷. Los argumentos expuestos *obiter dictum* expresan sin términos medios la esencia del paradigma estatal de responsabilidad del Estado: «*Le norme della Costituzione, nel dettare le norme fondamentali sull'organizzazione e il funzionamento dello Stato, regolano la funzione legislativa, ripartendola tra il governo e il parlamento, quale espressione di potere politico, libero cioè nei fini e sottratto perciò a qualsiasi sindacato giurisdizionale (cfr. art. 31 r.d. 26 giugno 1924 n. 1054, t.u. delle leggi del Consiglio di Stato). Di fronte all'esercizio del potere politico non sono configurabili situazioni soggettive protette dei singoli*»¹⁵⁸. El Derecho Comunitario ha de detenerse ante la actividad política. La tendencia al rechazo había sido incluso más neta y concisa en una argumentación contenida en una anterior sentencia de la misma corte¹⁵⁹. El Hércules italiano continúa experimentando la duda de la encrucijada: recientemente, parece al borde de la esquizofrenia jurídica. La misma sala del Tribunal Supremo, en efecto, dicta dos sentencias al cabo de poco más de un mes, significativamente contrapuestas en la concepción de la responsabilidad por violación del Derecho Comunitario. Una vez más, la contraposición dialéctica entre dos paradigmas de responsabilidad, en los otros sistemas oculta y latente, en el Tribunal Supremo italiano se hace patente. Mientras en la decisión 16 de mayo de 2003, n.º 7630, el tribunal acoge las pretensiones indemnizatorias de un ex especializado de medicina por falta de

¹⁵⁷ La sentencia está publicada en *Resp. civ. prev.*, 1996, 309 ss., con nota di R. CARANTA, *In materia di conseguenze della mancata trasposizione di una direttiva comunitaria nell'ordinamento italiano*; en *Foro it.*, 1996, I, 503 ss., con nota de E. SCODITTI, *Profili di responsabilità civile per mancata attuazione di direttiva comunitaria: il caso 'Francovich' in Cassazione*; y en *Danno e resp.*, 1996, 2, 96 ss., con nota de G. Roscioni.

¹⁵⁸ Es la propia Corte costituzionale [Corte cost., 16 giugno 1993, n. 285, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2393] que revela entre líneas el *escamotage*, consistente no sólo en la «delocalización» del centro de imputación de la responsabilidad hacia el Inps (FOGASA italiano), sino principalmente en sustituir el recurso de la «*responsabilità risarcitoria imposta allo Stato-ordinamento dalla sentenza della Corte di giustizia*» con la medida de indemnización por hecho lícito prevista por el art. 2 del d. lgs. n. 80/92.

¹⁵⁹ Cass., sez. un., 5 marzo 1993, n. 2667, en *Foro it.* 1993, 3066, con nota de L. Bonechi.

una directiva en base al esquema *Francovich*, la anterior decisión de primero de abril de 2003, n.º 4915¹⁶⁰, desestima contundentemente la aplicación del paradigma comunitario. La motivación esta vez no aparece bajo forma de *obiter dictum*, sino de *ratio decidendi*: «*La Carta costituzionale nel dettare le norme fondamentali sull'organizzazione e sul funzionamento dello Stato, regola la funzione legislativa, ripartendola tra il governo e il parlamento, quale espressione di potere politico, libero cioè nei fini e sottratto perciò a qualsiasi sindacato giurisdizionale. Ne consegue che di fronte all'esercizio del potere politico non sono configurabili situazioni soggettive protette dei singoli*».

En el ordenamiento español, la primera decisión nacional llega en seguida después de la sentencia *Francovich* y, entre otras cosas, se refiere a la misma directiva 80/87 y a problemáticas análogas: es el caso *Wagner Miret*¹⁶¹. La conclusión de la cuestión reclama de cerca la sentencia italiana del Pretore di Bassano, 3 agosto 1992¹⁶², que desestimó la petición propuesta por el señor *Francovich* por motivos de orden procesal. El Tribunal Supremo rechaza por los mismos motivos la responsabilidad del legislador por daños procedentes de la adhesión del Reino de España a la entonces Comunidad Europea¹⁶³. La sentencia de

¹⁶⁰ Ambas sentencias han sido publicadas en *Danno resp.*, 2003, 720 ss.; y en *Foro it.*, 2003, I, 2015 ss.

¹⁶¹ Acerca de esta sentencia véase R. ALONSO GARCÍA, «De nuevo sobre el Derecho Comunitario, el personal de alta dirección y el Fondo de Garantía Salarial», en *Rev. Esp. Der. Trab.* 1994, 57, 43 ss.; F. BARBANCHO TOVILLAS, *Personal de alta dirección y Fondo de Garantía Salarial*, en *Trib. Soc.* 1994, 40, 28 ss.; R. FERNÁNDEZ LIESA - M. C. PIÑERO ROYO, «Altos cargos y FOGASA: la postura del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *Rev. Labor.* 1994, 2, 85 ss.; M. P. LÓPEZ ROMERO GONZÁLEZ, «La directiva 80/97 CEE sobre protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario: de la eficacia de la directiva a la responsabilidad del Estado», en *Rev. Est. Eur.* 1994, 71 ss.; O. MARZAL MARTÍNEZ - J. LUIS I NAVAS, *Las garantías salariales de los altos cargos en España a tenor de una sentencia del Tribunal Comunitario de Luxemburgo*, en *Act. Der.* 1994, 24, 4 ss. Sobre el mismo asunto, véase la sentencia del *Tribunal Superior de Castilla-La Mancha*, 14 de mayo de 1993, en *Rev. Esp. Der. Intern.* 1994, 242 ss.; y en *Intern. Labour Law Rep.* 1995, 23 ss.; en doctrina D. J. LIÑAS NOGUERAS - M. A. ROBLES CARRILLO, «La aplicación del Derecho Comunitario en España», en *Rev. Der. Comun.* 1997, 118 ss.

¹⁶² Pret. Bassano, 3 agosto 1992, ined., citada por R. CARANTA, «Il Conseil d'Etat e la responsabilità della pubblica amministrazione per violazioni del diritto comunitario», en *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comun.* 1993, 496.

¹⁶³ STS, 20 septiembre 1996 (Arz. 6785).

la Audiencia Nacional en el caso del rechazo unilateral de varias partidas de carne provenientes de Alemania y de Holanda desarrolla una larga digresión sobre la aplicabilidad del modelo comunitario en el sistema español, concluyendo que el comportamiento de la Administración no se subsume en la violación suficientemente caracterizada¹⁶⁴.

Recientemente, tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo se han pronunciado a favor de la responsabilidad del Estado por violación del Derecho Comunitario. La sentencia de la Audiencia Nacional de 2002 se ocupa de la infracción cometida por el gobierno español por falta de transposición de la 94/47CE de 26 de octubre de 1994¹⁶⁵. La decisión se destaca principalmente por la atribución del ilícito, no al legislador, sino a la Administración pública. La jurisprudencia se alinea con la doctrina mayoritaria española que no vislumbra algún ilícito legislativo, sólo de carácter administrativo¹⁶⁶. Una vez más, el legislador se queda inmune del ataque del paradigma comunitario con un claro intento de «*délocalisation acrobatique du centre de gravité de l'imputation de la responsabilité*»¹⁶⁷, realizado en Italia por la citada sentencia 10617/95 y en Francia por la decisión *S.té Arizona Tobacco*¹⁶⁸.

Mucho más interesantes son las dos sentencias casi contemporáneas del Tribunal Supremo de 10 y 12 junio de 2003. En la primera, las sociedades demandantes reclaman el resarcimiento de los daños por las pérdidas experimentadas por las sociedades reclamantes, como consecuen-

¹⁶⁴ AN, 25 junio 1997, en *Act. Adm.* 1998, 57 ss.

¹⁶⁵ Publicada en *Noticias de la UE*, 221, 2003, p. 127-134.

¹⁶⁶ T. QUINTANA LÓPEZ, «La responsabilidad del Estado legislador», en *Revista de Administración Pública*, 135, 1994, 103 ss.; R. ALONSO GARCÍA - J. DíEZ HOCHLEITNER, *La Comunidad de Madrid en la Unión Europea. El marco jurídico*, en AA.VV., *La Comunidad de Madrid en la Unión Europea*, CAM, 2000, 154, que ponen de relieve que «en el nivel estatal (...) la responsabilidad de los distintos poderes se concentra en la Administración central, como lo demuestra, pese al silencio guardado por el legislador, la imputación de la responsabilidad derivada del error judicial y del funcionamiento anormal de la justicia al Ministerio de Justicia, según dispone el artículo 293.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

¹⁶⁷ D. SIMON, *La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire*, en *Act. Jur. Dr. Adm.* 1996, 493.

¹⁶⁸ C. E. 28 de febrero de 1992, en *Act. Jur. Dr. Adm.* 1992, 210 ss.; en *Rev. Franç. Dr. Adm.* 1992, 424 ss., con comentario de L. Dubois; en *Rev. Dr. Pub.* 1992, 1480, con comentario de F. FINES. Para un profundizado comentario sobre el asunto en cuestión D. SIMON, «Le Conseil d'Etat et les directives communautaires: du gallicisme à l'orthodoxie?», en *Rev. trim. dr. europ.* 1992, 265 ss.

cia de la decisión adoptada por el Gobierno español de adelantar el desarme arancelario para las semillas oleaginosas. Se trata de un acto político que estaba en conocimiento de las partes recurrentes: «era conocida por las empresas del sector, de manera que, cuando se hizo efectiva, las recurrentes no fueron sorprendidas por la medida, y no pueden acogerse al principio de confianza legítima en el actuar de la Administración que en otro caso les ampararía». No existe, por tanto, daño alguno.

La sentencia de 12 de junio de 2003¹⁶⁹, al contrario, se mueve en un ámbito jurídico, que no político, aunque luego se entronque en una lucha de tipo gubernamental entre sectores próximos al partido socialista y el gobierno del partido popular. Sin embargo, el razonamiento jurídico adoptado por el Tribunal Supremo es intachable y muy prolijamente argumentado. El núcleo de la *ratio decidendi* de la decisión versa sobre la valoración de la violación suficientemente caracterizada. «En primer lugar hemos de recordar que, como ya se ha indicado, la infracción tendrá el carácter de suficientemente caracterizada siempre que el Estado miembro no disponga de margen de apreciación, de modo que cuanto mayor sea éste menor será el riesgo de que la infracción revista aquel carácter». Se establece, por tanto, una relación inversamente proporcional entre el margen de discrecionalidad y el juicio sobre la infracción del Derecho Comunitario. Igualmente afortunada es luego la exposición en tema de culpa objetiva del legislador por haber aprobado una normativa contraria a los arts. 30 y 59 TCE. «Debemos señalar que la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros ha de ser valorada no con criterios subjetivos, no se trata por tanto de que la conducta causante del daño sea culpable, sino con criterios objetivos». Se distingue significativamente entre culpa objetiva, la *faute administrative*, y el sistema de responsabilidad comunitario que no puede ser objetivo, máxime si es comparado con el modelo interno de referencia. «La responsabilidad patrimonial por violación del Derecho Comunitario no viene configurada como una responsabilidad objetiva».

Se acogen en esta óptica las reivindicaciones de la doctrina más advertida centradas en el giro sistémico en tema de culpa objetiva¹⁷⁰. En

¹⁶⁹ Sentencia publicada en *Rev. Esp. Der. Europ.*, 2002, 347 ss.; en *CMLRev.*, 2004, 1717 ss. Cfr. MARTÍNEZ-LAGE BROCKELMANN, «The Liability of the Spanish State for Breach of EC Law», en *ELRev.*, 2004, 530 ss.

¹⁷⁰ Particularmente importante por el relieve de su autor es la propuesta de una revisión del entero sistema hacia un modelo fundado sobre la culpa objetivada avan-

el caso la infracción de las normas comunitarias es reiterada y en varias ocasiones examinada por la Comisión y el Tribunal de Justicia. Concluye el Tribunal Supremo: «a la vista de la gravedad de la infracción afirmada por la Comisión, el escaso o nulo margen de maniobra del Estado español, el carácter manifiesto de la violación, también declarado por la Comisión, el desconocimiento de la jerarquía normativa que implica la interpretación que hace el Reino de España de la Directiva 95/47/CE, [...] nos lleva a la conclusión de que se cumple el requisito de violación suficientemente caracterizada». Se trata de la primera decisión que condena al legislador español por haber violado las normas comunitarias sobre la libre circulación de mercancías y servicios¹⁷¹.

Por otro lado, la doctrina española es bastante favorable a la introducción de la hipótesis de la violación suficientemente caracterizada en la disciplina interna de responsabilidad estatal¹⁷². En algunos casos se auspicia la mayor circulación de modelos culturales de responsabilidad bajo la égida del Derecho Comunitario mediante el mecanismo de *cross-fertili-*

zada por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Prólogo* a O. MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002.

¹⁷¹ Con sentencia de 30 de abril de 2004, en un asunto anterior el TS ha desestimado el recurso frente a la resolución de la Audiencia Nacional referente a petición de indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños y perjuicios causados por la no transposición y transposición incorrecta de las Directivas 75/362 y 93/16, sobre libre circulación de médicos y reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos, por ser el acto recurrido ajustado a Derecho. El TS analiza el caso llegando a la conclusión de que «la actitud de la Administración española no fue la de negar el reconocimiento de los diplomas, certificados o títulos que los demandantes poseían sino el condicionar su validez al cumplimiento del requisito de la adquisición de la formación complementaria exigida y una vez superado ese período de formación otorgó el pleno reconocimiento que tanto la Directiva como el Tribunal exigían», por lo que «entre los pretendidos daños y perjuicios experimentados por los recurrentes y la no transposición de la Directiva no existió la necesaria relación de causalidad para entender que de demostrarse aquellos habría de responder de ellos la Administración demandada».

¹⁷² En general E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «El fin del caso Factortame. La responsabilidad patrimonial del Reino Unido», en *Revista de Administración Pública*, n.º 145, 1998, 117-144; R. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad de los Estados Miembros por infracción del Derecho Comunitario*, Civitas, 1997; E. GUICHOT, *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, 2001; J. D. JANER TORRENS, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del Derecho Comunitario*, Tirant Lo Blanch, 2002.

sation¹⁷³. Este diálogo cultural entre el Tribunal de Justicia y las cortes nacionales, que recientemente había visto en el centro de la escena los tribunales estatales, en los últimos meses se reaviva gracias a una reciente sentencia del tribunal comunitario que establece la responsabilidad del Estado por actos judiciales¹⁷⁴. Una vez más, como en la sentencia *Brasserie* de 1996, la corte de Luxemburgo lanza un mensaje perentorio, que también esta vez estará destinado a suscitar polémicas. Desde la fase de la «*studied deference*»¹⁷⁵ se pasa a un estadio más invasivo del sistema de responsabilidad: el choque con los interlocutores privilegiados —las cortes nacionales— de los que habla Weiler¹⁷⁶, está asegurado.

VI. «EL ESQUEMA DE LA CRISIS» Y LA FORMACIÓN DEL NUEVO PARADIGMA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Con las sentencias *Francovich* y *Factortame III*, el Tribunal de Justicia ha inaugurado una nueva tipología de *remedies* en la protección de los derechos de origen comunitario, de corte ciertamente más invasivo respecto de la consolidada configuración estatal, y, por tanto, destinada

¹⁷³ D. JANER TORRENS, «La influencia del Derecho Comunitario en la creación de un *ius commune* de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales», en *Rev. Der. Com. Europ.*, 2002, 177 ss.

¹⁷⁴ Sentencia del 30 septiembre 2003, C-224/01, *Gerhard Köbler v Austria*, en *European Law Review* 2 (2004) 236–247, *State liability for judicial wrongs and Community law: the case Gerhard Köbler v Austria*; P. MARTÍN RODRÍGUEZ, «La responsabilidad del Estado por actos judiciales en Derecho Comunitario», en *Rev. Der. Comun. Europeo*, 2005, 145 ss.; en *Foro it.* 2004, IV, 4, con comentario de E. SCODITTI, «*Francovich* presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale. Sobre el tema en Italia, Tribunale Roma, 28-06-2001 - Rel. Lamorgese - Mediobanca e altro c. Pres. Cons. Ministri, en *Giurisprudenza di merito*, 2002, 2, I, 359: *Qualora la violazione del diritto comunitario sia asseritamene riferita alla decisione di un giudice, la responsabilità dello stato italiano si configura con riferimento all'esercizio della funzione giurisdizionale, e quindi la tutela risarcitoria del privato deve esplicarsi con le forme e nei modi previsti dalla l. n. 117/1988, non disapplicabile dal giudice nazionale.*

¹⁷⁵ T. TRIDIMAS, «Liability for Breach of Community Law: Growing up and Mellowing down?», en *CML Rev.*, 2001, 332.

¹⁷⁶ J. H. H. WEILER, *A quiet revolution: the European Court of Justice and its interlocutors* [part of a special issue on the new constitutional politics of Europe], 26 *Comparative Political Studies* 510 (1994).

desde el principio a suscitar fuertes tensiones en los modelos nacionales receptores. El paradigma comunitario de responsabilidad viene a encajar, en efecto, el mayor esfuerzo acometido por el juez comunitario por plasmar un sistema de protección común¹⁷⁷. Tal novedad se refleja sólo en parte en su tipología formal forjada alrededor de los ya notorios tres requisitos básicos (**paradigma en sentido jurídico-gramatical**); ello, mucho más sustancialmente, delinea un nuevo modo de concebir el Derecho y la sociedad, ya no basado exclusivamente en la sedimentada concepción del Estado y de sus instituciones fundamentales, como el parlamento nacional (**paradigma en sentido meta-jurídico**). La demostración más nítida de las grandes potencialidades de esta perspectiva se halla significativamente en el supuesto de responsabilidad del Estado en su función legislativa. Si en el contexto histórico y estructural de la organización estatal esta previsión no estaba absolutamente contemplada, o estaba relegada tan sólo a una hipótesis exclusivamente escolástica, ésta adquiere una dimensión jurídica desconocida en el actual marco comunitario. Sin embargo, mientras el impulso jurisprudencial ha terminado por suscitar el despertar del Derecho Comunitario y de las disciplinas nacionales («*Eppur si muove!*» en la celebre exclamación de Galileo), ello, a la vez, ha diseñado también el «esquema de la crisis» de los viejos paradigmas. A propósito de la revolución galileiana, Ortega y Gasset revela que la aceptación y difusión de las nuevas teorías de Copérnico se producen tras una serie de generaciones, durante las cuales el nuevo paradigma científico sólo ha lentamente ganado terrenos conceptuales respecto de las consolidadas creencias científicas y religiosas. «*Il trasferimento della fiducia da un paradigma a un altro è una esperienza di conversione che non può essere imposta con la forza*»¹⁷⁸. El principio de responsabilidad del Estado ha sido introducido en el escenario legal comunitario no por medio de una opción «constitucional», sino a través del método discursivo pretoriano cuya fuerza se asienta en el grado de convencimiento de los jueces nacionales¹⁷⁹. Europa como

¹⁷⁷ J. H. H. WEILER, *A Quiet revolution cit.*; M. FERNÁNDEZ ESTEBAN, *The Rule of Law in the European Constitution*, The Hague, Kluwer Law International, 1999.

¹⁷⁸ T. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Einaudi, Torino, 1978, 183.

¹⁷⁹ «Creo que el Tribunal de Justicia debería abandonar el estilo críptico y cartesiano que sigue caracterizando a muchas de sus resoluciones y adoptar el estilo más discursivo, analítico y conversacional que se asocia más con el mundo del *common law* (aunque otros también lo practiquen, como, por ejemplo, el Tribunal Constitucio-

proceso de integración¹⁸⁰ supone y demanda una dialéctica de colaboración entre sistemas que extienden sus efectos en el mismo territorio: es el llamado *multilevel constitutionalism*¹⁸¹. Sin embargo, el peculiar proceso constitucionalizador europeo¹⁸² —de colaboración entre ordenamientos y culturas legales— no excluye que el paradigma comunitario supere, en el sentido hegeliano, los viejos paradigmas nacionales. «*Re-institutionalisation is one of the basic constitutionalising processes of the EU. One of its aspects is «juridification», the creation of legal norms from normative raw material which was previously not legal in character*»¹⁸³. El paradigma conceptual comunitario implica un cambio cultural respecto del paradigma nacional de responsabilidad¹⁸⁴.

El proceso de *cross-fertilisation* representa una «experiencia de conversión» kuhniiana al paradigma comunitario de responsabilidad. Éste pivota sobre la noción de violación suficientemente caracterizada, que mantiene una significativa analogía con el concepto de *faute administrative* francés, que, a su vez, engloba tanto la *faute lourde* como la *faute simple*. Es, por tanto, el resultado de una significativa labor de comparación desde los sistemas nacionales hacia el Tribunal de Luxemburgo. Este tipo de *faute* varía en relación con la complejidad de las situaciones, de manera que contempla un margen de discrecionalidad relevante a las autoridades nacionales, mientras que en los otros supuestos es suficiente la demostración de la *faute simple* o *in re ipsa*. No se trata ni de un sistema subjetivo *à l'anglaise*, ni de un sistema objetivo como está actualmente previsto en España.

nal alemán)». J. H. H. WEILER, *La arquitectura judicial después de Niza*, en *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, dir. E. García de Enterría y R. Alonso García, Colegio Libre de Eméritos-Civitas, Madrid, 2002, p. 476.

¹⁸⁰ E. SCODITI, *Articolare le Costituzioni. L'Europa come ordinamento giuridico integrato*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004, 189 ss

¹⁸¹ I. PERNICE, «Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited», en *Common Market Law Review*, núm. 36, 1999, 703 ss.

¹⁸² Recientemente L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Civitas, Madrid, 2004; y P. CRUZ VILLALÓN, *La constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004.

¹⁸³ F. SNYDER, *The Unfinished Constitution of the European Union: Principles, Processes and Culture*, en AA.VV., *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 63.

¹⁸⁴ R. COTTERELL, «Law in Culture», en *Ratio Juris*, 2004, 1 ss.

Los sistemas nacionales se van aproximando gradual y sensiblemente a este paradigma de responsabilidad, aunque con notables resistencias. Ésta es la fase descendiente del fenómeno de *cross-fertilisation*. El juez comunitario, novel Hercules del siglo XXI, desempeña una necesaria labor comparativa: «Situating at the cross-roads of different, yet closely intertwined, legal cultures, the Community judicature is by nature a ‘comparative’ institution»¹⁸⁵. La tarea del jurista es, por tanto, percibir y estudiar el nuevo movimiento de interacción cultural que se elabora bajo la égida del Derecho Comunitario¹⁸⁶. La variedad de concepciones culturales de culpa y responsabilidad estatal no debe implicar necesariamente una defensa a ultranza de las *mentalités* nacionales¹⁸⁷, sino al contrario ha de contribuir a descubrir las varias desinencias nacionales del paradigma cultural¹⁸⁸. El legado cultural de Galileo y Newton estriba en que «la idea de movimiento encierra toda la filosofía»¹⁸⁹. Europa —ya sabemos— es camino y no posada.

LA CROSS-FERTILISATION Y LA FORMACIÓN DEL PARADIGMA
COMUNITARIO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO:
«EL ESQUEMA DE LA CRISIS»

RESUMEN: Con las sentencias Francovich y Factortame III, el Tribunal de Justicia ha inaugurado una nueva tipología de *remedies* en la protección de los derechos de origen comunitario, de corte ciertamente más invasivo respecto de la consolidada configuración estatal, y, por tanto, destinada desde el principio a suscitar fuertes tensiones en los modelos nacionales receptores. Tal novedad se refleja sólo en parte en su tipología formal forjada alrededor de los ya notorios tres requisitos básicos (**paradigma en sentido jurídico-gramatical**); ello, mucho más sustancialmente, delinea un nuevo modo de concebir el Derecho y la Sociedad, ya no basado exclusivamente en

¹⁸⁵ K. LENAERTS, *Interlocking Legal Orders in the EU and Comparative Law*, cit., 900.

¹⁸⁶ Entre muchos, notable es el libro de S. DE LA SIERRA, *Una metodología para el Derecho Comparado europeo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2004.

¹⁸⁷ Cfr. C. HARLOW, *State Liability. Tort Law and Beyond*, cit., que interpreta el fenómeno de la *cross-fertilisation* como «whiplash effect», llegando a la conclusión de que, ante un grave incumplimiento del Estado, sería más conveniente utilizar la zanahoria de la persuasión (soft law) que el palo de la responsabilidad.

¹⁸⁸ B. HOSKINS, *Rebirth of the Innominate Torts?*, en AA.VV., *New Directions in European Public Law*, Hart Publisher, Oxford, 1998, 92.

¹⁸⁹ J. B. ALBERDI, *Obras completas*, Buenos Aires, La Tribuna, 1886, t. 1, p. 229.

la sedimentada concepción del Estado y de sus instituciones fundamentales, como el parlamento nacional (**paradigma en sentido meta-jurídico**). El principio de responsabilidad del Estado ha sido introducido en el escenario legal comunitario no por medio de una opción «constitucional», sino a través del método discursivo pretoriano cuya fuerza se asienta en el grado de convencimiento de los jueces nacionales. Mientras el impulso jurisprudencial ha terminado por suscitar el despertar del Derecho Comunitario y de las disciplinas nacionales («*Eppur si muove!*» en la celebre exclamación de Galileo), ello, a la vez, ha diseñado también el «esquema de la crisis» de los viejos paradigmas.

El proceso de *cross-fertilisation* pivota sobre la noción de violación suficientemente caracterizada, que mantiene una significativa analogía con el concepto de *faute administrative* francés, que, a su vez, engloba tanto la *faute lourde* como la *faute simple*. Es, por tanto, el resultado de una significativa labor de comparación desde los sistemas nacionales hacia el Tribunal de Luxemburgo.

Los sistemas nacionales se van aproximando gradual y sensiblemente a este paradigma de responsabilidad, aunque con notables resistencias. Ésta es la fase descendiente del fenómeno de *cross-fertilisation*. La variedad de concepciones culturales de culpa y responsabilidad estatal no debe implicar necesariamente una defensa a ultranza de las *mentalités* nacionales, sino al contrario ha de contribuir a descubrir las varias desinencias nacionales del paradigma cultural: el ilícito comunitario «*as an hybrid of Community and national rules*».

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad del Estado; Derecho Comunitario; *cross-fertilisation*; Estado de Derecho Comunitario.

LA CROSS-FERTILISATION ET LA FORMATION DU PARADIGME COMMUNAUTAIRE DE RESPONSABILITE DE L'ÉTAT : LE SCHEMA DE LA CRISE

RÉSUMÉ: Avec les sentences Francovich et Factortame III, la Cour de justice a inauguré une nouvelle typologie de «remedies» dans la protection des droits d'origine communautaire; il s'agit d'une typologie certainement plus envahissante en ce qui concerne la configuration étatique consolidée, et, par conséquent, destinée dès le début à susciter des forts tensions dans les modèles nationaux récepteurs. Une telle nouveauté se reflète seulement en partie dans sa typologie formelle forgée autour de ceux trois conditions de base déjà notoires (**paradigme en sens juridique-grammatical**) ; cela, beaucoup plus substantiellement, trace une nouvelle manière de concevoir le Droit et la Société, nouvelle conception non basé exclusivement sur l'État et de ses institutions fondamentales, comme le Parlement national (**paradigme en sens objectif- juridique**). Le principe de responsabilité de l'État a été introduit dans la scène légale communautaire non par le biais d'une option «constitutionnelle», mais à travers la méthode jurisprudentielle dont la force s'appui dans la conviction des juges nationaux. Tandis que l'élan jurisprudentiel a terminé par faire réveiller le Droit Communautaire et les disciplines nationales («*Eppur si muove!*» dans l'exclamation de

Galilée), à la fois, ce même élan a aussi conçu le «schéma de la crise» des vieux paradigmes. Le processus de *cross-fertilisation* pivote sur la notion de violation suffisamment caractérisée, qui maintient une analogie significative avec le concept de faute administrative de français, qui, à son tour, comprend tant la faute lourde comme la faute simple. C'est, par conséquent, le résultat d'une significative activité de comparaison depuis les systèmes nationaux envers le Tribunal de Luxembourg. Les systèmes nationaux se sont progressivement et sensiblement approchés à ce paradigme de responsabilité, bien qu'avec des résistances remarquables. Celle-ci est la phase descendant du phénomène de *cross-fertilisation*. La variété de conceptions culturelles sur la faute et la responsabilité étatique ne doit pas nécessairement impliquer une défense des mentalités nationales, mais au contraire elle doit contribuer à découvrir le plusieurs désinences nationales du paradigme culturel: ce qui est illicite communautaire «*as an hybrid of Community and national rules*».

THE CROSS-FERTILISATION AND THE MAKING OF THE STATE LIABILITY EUROPEAN PARADIGM : THE SCHEME OF THE CRISIS

ABSTRACT: By the Francovich y Factortame III decisions, the European Court of Justice has inaugurate a new typology of Community Law remedies more invasive than the traditional State shape; thus raising strong tensions on the municipal models of State liability. This change mirrors only partially on its own typology shaped on the famous three basic conditions (**paradigm in the legal-grammar sense**); it outlines a new way to conceive Law and Society, not only based upon the traditional conception of the State and its institutions, as the national Parliament (**paradigm in the meta-legal sense**). The principle of State liability was inserted in the legal scenario not by means of a «constitutional» choice, but by the discursive method whose power rests on the ability of convincing national judges. Whereas the doctrinal impulse provokes the Community and national Law awakening («*Eppur si muove!*» in the famous Galileo exclamation), it has also drawn the «scheme of the crisis» of the old paradigms. The process of cross-fertilisation bases on the «breach sufficiently seriously» that keeps a significant analogy with the concept of French *faute administrative* including *faute lourde* and *faute simple*. It is the result of an essential comparison from the national systems to the ECJ. The national systems gradually come closer to this State liability paradigm, although with remarkable resistances. This is the descendant phase of the cross-fertilisation phenomenon. The plurality of cultural conceptions of fault and State liability does not necessarily imply a strong protection of the municipal *mentalités*, but on the contrary has to contribute to discover the several grammatical *endings* of the cultural paradigm: the Community tort «*as an hybrid of Community and national rules*».

KEYWORDS: State liability; Community Law; cross-fertilisation; European Rule of Law.