

UN PASO CAPITAL EN EL DERECHO
CONSTITUCIONAL BRITANICO: EL PODER
DE LOS JUECES PARA ENJUICIAR EN ABSTRACTO
Y CON ALCANCE GENERAL LAS LEYES DEL
PARLAMENTO POR SU CONTRADICCION CON EL
DERECHO COMUNITARIO (SENTENCIA *EQUAL
OPPORTUNITIES COMMISSION* DE LA CAMARA DE
LOS LORES DE 3 DE MARZO DE 1994)

Por EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA (*)

SUMARIO

I. LA SENTENCIA *EQUAL OPPORTUNITIES COMMISSION* DE 1994 DE LA CÁMARA DE LOS LORES Y SU INNOVACIÓN CAPITAL.—II. EL PROBLEMA DE FONDO: ART. 119 DEL TRATADO, DIRECTIVAS, SU TRASPOSICIÓN A LA *EMPLOYMENT PROTECTION ACT* DE 1978 Y PETICIÓN DE REFORMA POR LA E.O.C.—III. LA FORMALIZACIÓN DEL LITIGIO: PETICIÓN DE REFORMA DE LA LEY DE 1978 AL SECRETARIO DE ESTADO PARA EL EMPLEO, DESESTIMACIÓN DE ÉSTE, SOLICITUD DEL *LEAVE FOR JUDICIAL REVIEW* AL JUEZ Y LOS TÉRMINOS DE SU OTORGAMIENTO. LAS SENTENCIAS DE LA *DIVISIONAL COURT* Y DE LA *COURT OF APPEAL*. LA INADMISIÓN DE LA DEMANDA DE UNA INTERESADA PERSONAL.—IV. LA SENTENCIA DE LOS LORES Y SUS CUATRO PARTES. LEGITIMACIÓN POR INTERÉS.—V. IDENTIFICACIÓN DEL OBJETO DEL RECURSO: NO LO ES LA DENEGACIÓN DE PROMOVER LA REFORMA DE LA LEY POR EL SECRETARIO DE ESTADO, SINO LA PROPIA LEY DE 1988. DOCTRINA *FACTORTAME* Y OPCIÓN RESUELTA POR EL RECURSO DIRECTO Y ABSTRACTO.—VI. EL ANÁLISIS DE LA SENTENCIA SOBRE LA EXISTENCIA DE JURISDICCIÓN PARA FORMULAR EL PRONUNCIAMIENTO

(*) Catedrático de Derecho Administrativo y Abogado.

GENERAL Y ABSTRACTO DE CONTRADICCIÓN DE LA LEY CON EL DERECHO COMUNITARIO.—VII. «FORO APROPIADO» Y FONDO DEL ASUNTO. LA REMISIÓN A LOS TRIBUNALES NACIONALES DE LA CUESTIÓN SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA. EL ANÁLISIS DE LA MOTIVACIÓN DE LA DIFERENCIA DE REGLAS ENTRE TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL Y A TIEMPO PLENO EN LA CUANTÍA DE LAS INDEMNIZACIONES POR DESPIDO. INTENSIDAD Y MINUCIOSIDAD DEL ANÁLISIS, DERECHO COMPARADO, ESTIMACIÓN DIRECTA DE LOS INTERESES EN CONFLICTO Y DE LA CONDUCTA PROBATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN. CONCLUSIÓN: FALTA DE «JUSTIFICACIÓN OBJETIVA» Y CONTRADICCIÓN E INCOMPATIBILIDAD DE LA LEY INGLESA CON EL DERECHO COMUNITARIO. RESERVA DE DERECHOS A LA INDEMNIZACIÓN DE LOS TRABAJADORES PERJUDICADOS.—VIII. LA IMPORTANCIA CONSTITUCIONAL DE LA SENTENCIA. FIN DE LA INMUNIDAD JUDICIAL DE LAS LEYES INGLESA. CREACIÓN DE UN RECURSO DIRECTO PARA EL CONTROL ABSTRACTO DE LA COMPATIBILIDAD DE LAS LEYES CON EL DERECHO COMUNITARIO. ESTIMACIÓN DE LA SUPERIORIDAD DE LA VÍA DEL CONTROL ABSTRACTO Y DIRECTO RESPECTO DEL CONTROL INDIRECTO Y CASUÍSTICO. UN *RULEMAKING CASE*. DEL *COMMON LAW* AL *IUS COMMUNE EUROPEO*.

I

La huella abierta por las tres Sentencias *Factortame* de la Cámara de los Lores, 1990, 1991 y 1992, que yo mismo estudié cuando aún estaban *in status nascens* (1), relativas al estatuto de los pescadores españoles asentados en el Reino Unido, continúa afirmándose y está dando lugar a evoluciones jurisprudenciales de primer orden, que afectan ya al corazón mismo de la Constitución británica, nada menos.

La Sentencia de la Cámara de los Lores *Equal Opportunities Commission* de 3 de marzo de 1994 (2) se apoya de manera expresa en esas

(1) En *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, números 63 (1989), 64 (1989), 67 (1990) y 73 (1992) he dedicado mi atención a los pasos sucesivos de este importante caso (todavía no concluido, por cierto: está pendiente de Sentencia por el Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial planteada por los Tribunales ingleses en la acción de responsabilidad contra la Corona presentada por los armadores españoles por los perjuicios derivados de la ejecución inicial de la *Merchant Shipping Act*). Estos trabajos, menos el último citado, están recogidos en el libro *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Madrid, 1992.

(2) El título exacto de la Sentencia es *Equal Opportunities Commission and another v. Secretary of State for Employment*. Publicada en *All England Law Reports*, de 16 de marzo de 1994, págs. 910-928.

Sentencias anteriores *Factortame* para avanzar un paso más, en un sentido decisivo: admite que cualquier Tribunal (no sólo la propia Cámara de los Lores, pues: sistema de jurisdicción difusa y no concentrada) (3) puede declarar, mediante un pronunciamiento directo y general, al margen de cualquier aplicación concreta, que una Ley del Parlamento británico contradice al Derecho Comunitario, bien los Tratados, bien cualquier norma secundaria o derivada de éstos. Será un fallo puramente declarativo, que no incluye la declaración de invalidez, como es común en la justicia constitucional concentrada, pero por sí misma la declaración abstracta y general de contradicción lleva implícita su necesaria inaplicación en el ámbito de aplicación del Derecho Comunitario, que puede no ser todo el ámbito aplicativo posible de la Ley enjuiciada.

II

Se trataba, en el caso concreto de la efectividad del art. 119 del Tratado de Roma, uno de los pocos que formula un derecho fundamental: «Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo». Los párrafos siguientes del precepto especifican que este principio de equiparación se extiende al salario y a todas las gratificaciones «directa o indirectamente» satisfechas por el empresario al trabajador, y a la vez tanto por unidad de obra como por unidad de tiempo. Por otra parte, dos Directivas, la 75/117/EEC y la 76/207/EEC, habían especificado aún más esas reglas de equiparación.

En Inglaterra una Ley de 1978 (*Employment Protection (Consolidation) Act*) había trasladado esas reglas a su Derecho interno.

La *Equal Opportunities Commission* (E.O.C.), se dirigió en 1990 a la Secretaría de Estado para el Empleo pidiendo que se rectificaran ciertas reglas de la Ley citada de 1978 que, a su juicio, contradecían las reglas de equiparación de retribuciones del Derecho Comunitario. Esta Comisión no era una organización privada, sino que había sido creada por la *Sex Discrimination Act* de 1975 con la función de (sección 53.1,a y b) «ac-

(3) Vid. sobre estos conceptos de justicia constitucional, mi libro, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3.ª ed., 3.ª reimpresión, Madrid, 1994, págs. 50. y ss.

tuar hacia la eliminación de discriminaciones» y «promover la igualdad de oportunidades en general entre hombres y mujeres». En concreto, se reprochaba a la Ley de 1978 que reconocía algunas ventajas retributivas a los empleados que hubiesen trabajado o bien dos años de trabajo continuo durante 16 o más horas por semana, o bien cinco años de trabajo continuo entre 8 y 16 horas a la semana. Ahora bien, las formas de trabajo temporal (de 8 a 16 horas semanales) son mucho más frecuentes entre las mujeres que entre los varones, de modo que se entendía que esa regla implicaba una «discriminación indirecta» contra las mujeres. Tal era el fondo.

III

El procedimiento seguido por la «E.O.C.» fue el siguiente.

El 21 de marzo de 1990 se dirigió al Secretario de Estado para el empleo afirmando la existencia de la discriminación aludida, que sería contraria al Derecho Comunitario. Se pedía al Secretario de Estado dar urgente despacho al asunto e informar a la E.O.C. si el Gobierno estaba dispuesto a introducir la necesaria legislación de reforma de la Ley de 1978, dando las razones de su decisión si ésta fuese negativa.

El Secretario de Estado contestó por oficio de 23 de abril de 1990, en el que decía que no aceptaba que existiese la discriminación denunciada en el sentido del art. 119 del Tratado o que caiga dentro de la Directiva de igual retribución y que entendía que la regla de la Ley de 1978 estaba «enteramente justificada», desde la perspectiva de un equilibrio entre los intereses de empresas y trabajadores. Y concluía: «No tenemos ningún plan de cambiar ese principio».

La «E.O.C.» solicitó el *leave to move for judicial review*, esto es, la petición que, según la regla 3 de la *Order 53*, que rige en Inglaterra desde 1977 el proceso contencioso-administrativo o de *judicial review*, ha de solicitarse de un juez de la *High Court*, emplazando a la *Crown Office*, para que abra la puerta a una *judicial review* o contencioso-administrativo contra esa decisión de la Secretaría de Estado (4). Así le fue otorga-

(4) Cfr. K. BAGNALL, *Judicial review. Practice and procedure under Order 53 of the Ruler of the Supreme Court*, London 1985, págs. 66 y ss. (la *Order 53* incluye reglas dictadas por la *High Court* en 1977, que más tarde fueron recogidas en

do: podría impugnar la «decisión de la Secretaría de Estado de Empleo declinando aceptar que el Reino Unido «is in breach of its obligations» (está infringiendo sus obligaciones) hacia el Derecho Comunitario al disponer una retribución distinta a los trabajadores de tiempo parcial que a los de tiempo completo en relación a las condiciones de recibir compensaciones complementarias por despido injusto».

En concreto se le otorgó mediante ese previo *leave* judicial la posibilidad de discutir la procedencia de un *relief* (5) o protección en estos términos precisos:

«1. Una declaración de que el Reino Unido está infringiendo sus obligaciones derivadas del art. 119 del Tratado de Roma y de la Directiva 75/117/EEC al disponer una retribución menos favorable a los trabajadores a tiempo parcial (la mayoría de los cuales son mujeres) que a los trabajadores de jornada completa (la mayoría de los cuales son hombres) en relación con las indemnizaciones suplementarias en compensación por despidos injustos.

«2. Una declaración de que el Reino Unido está incumpliendo sus obligaciones derivadas de la Directiva 76/207/EEC al dispo-

su integridad en una Ley de 1981, *Supreme Court Act*; vid. la concisa exposición que hago en mi libro *Hacia una nueva justicia administrativa*, 2.ª ed., Madrid, 1992, págs. 35 y ss. y referencias). Se trata de una especie de trámite de admisión sumario (puede decidirse sin audiencia o *hearing*, según especifica el apartado (3) de la propia Regla 3) para poder entrar en el fondo; pero el otorgamiento del *leave* no condiciona luego el reexamen en la Sentencia de fondo de las condiciones de admisibilidad, Sentencia que ya decide colegialmente la *High Court*, o, en caso de apelación, la *Court of Appeal*, o la *House of Lords*, si la anterior otorga la posibilidad (excepcional) de una segunda apelación. Así se ve cómo en la propia Sentencia que comentamos, donde esas condiciones de admisibilidad son enjuiciadas con especial rigor y atención. Para H. Woolf, uno de los jueces de la *High Court* (nota al libro de Blagnall cit.), este procedimiento del *leave* previo es «una de las grandes virtudes de la *Order 53* al permitir que el litigante pueda obtener con la mayor facilidad y el menor coste la opinión de un juez de la *High Court* sobre las posibilidades *prima facie* de su caso».

(5) «Todas las acciones, con alguna excepción se instituyen con el propósito de obtener *relief* [ayuda o protección], bien satisfacción por un daño pasado, bien prevención de un daño temido, bien el apoyo coercitivo o la protección a su derecho»: JOWITT-WALSH, *The Dictionary of English Law*, London, 1959, pág. 1511. Aquí el *relief* es puramente declarativo.

ner retribuciones menos favorables a los trabajadores a tiempo parcial (la mayoría de los cuales son mujeres) que a los trabajadores de jornada completa (la mayoría de los cuales son hombres) en relación con las indemnizaciones suplementarias en compensación por despidos injustos».

El recurso se llevó inicialmente ante la *Divisional Court* (6), que desestimó el recurso por Sentencia de 10 de octubre de 1991. Interpuesta apelación ante la *Court of Appeal*, ésta confirmó en 1993 la Sentencia denegatoria, con dos votos particulares contrarios. La segunda apelación es la que se ventila en la Cámara de los Lores.

Ha de notarse que desde la primera instancia se asoció a la demanda una señora, Mrs. Day, que había sido empleada del Condado de Hertfordshire y que había sufrido personalmente la discriminación acusada, contra la cual había recurrido, pero uniendo a su demanda una petición de «mandamus» para compeler a la Secretaría de Estado a presentar un proyecto legislativo para abolir los preceptos de la Ley de 1978 que permitían la discriminación. Esta demanda, acumulada a la anterior, siguió su misma suerte en las dos primeras instancias, pero la Sentencia de los Lores la declara inadmisibile por entender que era *pure private Law*, de puro derecho privado (o sea, laboral), frente al proceso de Derecho público (así se califica la *judicial review* en Inglaterra, adoptando este concepto hasta ahora extraño a su Derecho) de que aquí se trataba.

IV

La Sentencia de la Cámara de los Lores tiene la disposición formal común a todas ellas: cada uno de los cinco *Law Lords* o magistrados que componen la Sala expone su opinión, comenzando por la del Presidente Lord Keith of Kinkel, que es la más extensa y analítica. Uno sólo de los otros cuatro, Lord Jauricey, discrepa, proponiendo confirmar la Sentencia de la *Court of Appeal*, y los otros tres se adhieren de manera expresa a la opinión de Lord Keith, su *noble and learned friend*, noble y docto amigo, que prevalece, pues, como decisión de la Cámara.

(6) La *Divisional Court* es una Sala de la *High Court* (vid. SOWITT, *The Dictionary of English Law*, cit., pág. 655).

Comienza examinando (tras la eliminación de la codemandante Mrs. Day, ya referida) las cuatro cuestiones esenciales que plantea el debate: si la E.O.C. está legitimada para recurrir, si lo que pide es susceptible de recurso, si la *Divisional Court* tiene o no jurisdicción para declarar que el Reino Unido está en situación de infracción con el Derecho Comunitario y, finalmente, si dicha *Divisional Court* es el «foro apropiado» para decidir las declaraciones pedidas por la demanda.

Sobre el tema de la legitimación o *locus standi*, el análisis se centra en el *status* de la entidad actora, E.O.C. La regla legal de la legitimación para el contencioso inglés se encuentra en la regla 3 (7) de la *Order 53*, que fue reproducida, como sabemos, por la *Supreme Court Act* de 1981, y que se concreta en que «el demandante tenga un interés suficiente en la materia a que se refiere la demanda». La cuestión es, pues, si la E.O.C. tiene ese «suficiente interés» en la cuestión relativa a la discriminación entre sexos. Examina a estos efectos las funciones de la E.O.C. según la *Sex Discrimination Act* de 1975 («actuar hacia la eliminación de la discriminación», «promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en general»), desde las cuales concluye en la existencia de legitimación, invocando jurisprudencia anterior de la propia Cámara de los Lores. «Sería un paso muy retrógrado declarar ahora que la E.O.C. no tiene legitimación para promover un proceso contencioso sobre una cuestión de discriminación sexual que es de importancia pública y que afecta a un amplio sector de la población».

V

La segunda y capital cuestión es si existe o no acto recurrido, diríamos nosotros, en concreto una decisión justiciable o susceptible de recurso contencioso. Se arguye que el oficio de la Secretaría de Estado no es una verdadera resolución y así lo acepta Lord Keith llanamente; sería más bien una opinión de la Secretaría de Estado de que los preceptos de la Ley de 1978 que se refieren a la indemnización por despido injusto están justificados y son conformes con el Derecho Comunitario Europeo. Pero no es esa opinión el objeto del proceso: «el objeto real del recurso de E.O.C. son esos preceptos mismos [de la Ley de 1978]. La cuestión es si la *judicial review* es utilizable para conseguir una declaración segura de que cierta legislación primaria del Reino Unido es incompatible con el

Derecho Comunitario Europeo». La cuestión, de una enorme importancia de principio, como es notorio, especialmente, como veremos, desde la tradición inglesa, no puede plantearse con más crudeza: el objeto real del recurso son los preceptos de la Ley, directamente. Capital declaración.

Lord Keith recuerda la doctrina común sobre el ámbito de la materia recurrible, según las reglas de la *Order 53*, que establece una lista. Pero añade: «Considero que sería demasiado estricta una interpretación [literal] de los poderes del Tribunal». Se admite la posibilidad de declarar incompatible una norma escrita con el Derecho comunitario, pero la cuestión es si ese criterio resulta admisible cuando esa norma sea «legislación primaria» o Leyes formales del Parlamento. Tema capital, respecto del cual hasta ahora toda la tradición inglesa, desde el principio constitucional de *Parliament Sovereignty*, establecido desde finales del siglo XVII, con el triunfo final del Parlamento sobre el Rey, y proclamado poco después por Blackstone como el principio básico de la Constitución inglesa, vedaba al juez la posibilidad de cualquier pronunciamiento contra las Leyes. En este punto central se produce la extraordinaria novedad de esta Sentencia histórica.

«Sin embargo —dice Lord Keith— en la serie de casos *Factortame* (1990, 1991 y 1992) los demandantes pidieron una declaración de que los preceptos de la parte II de la *Merchant Shipping Act* de 1988 no debía aplicarse a ellos, por el motivo de que tal aplicación sería contraria al Derecho Comunitario, en particular a los arts. 7 y 52 del Tratado de Roma (principio de no discriminación por razón de nacionalidad y libertad de establecimiento). Los demandantes eran compañías creadas en Inglaterra que estaban controladas por nacionales españoles y que eran propietarias de barcos de pesca a los que se denegó la inscripción en el Registro de barcos ingleses por virtud de las condiciones restrictivas contenidas en la Parte II de la Ley de 1988. La *Divisional Court*, invocando el art. 177 del Tratado, planteó ante el Tribunal de Justicia Europeo un número determinado de cuestiones prejudiciales, incluyendo la cuestión de si esas condiciones restrictivas eran compatibles con los arts. 7 y 52 del Tratado. El Tribunal de Justicia contestó a esta cuestión con una negativa, y aunque el resultado final no está publicado, ninguna duda cabe de que la *Divisional Court* falló conforme a ese criterio. El efecto fue que ciertos preceptos de la legislación primaria del Reino

Unido fueron declarados inválidos en su pretendida aplicación a los nacionales de Estados miembros de la Comunidad Económica Europea, sin implicar por ello una anulación de la legislación en cuestión, que, por supuesto, permaneció válida respecto a los nacionales no miembros de la Comunidad. En ningún momento del proceso, que incluyó dos intervenciones de esta Cámara, fue sugerido que no se pudiese utilizar la *judicial review* para los fines de obtener una declaración de la validez de la Legislación en cuanto afectase a los demandantes.

El caso *Factortame* es así un precedente en favor de la decisión de la E.O.C. de acudir a la *judicial review* con la finalidad de declarar incompatible con el Derecho Comunitario Europeo los preceptos de que se trata de la Ley de 1978».

La cuestión es, pues, resuelta con la sola invocación de la Sentencia *Factortame*, la cual, a su vez, como bien sabemos, es la simple expresión del principio de primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho interno, y nada más. No se plantea Lord Keith el importante problema de que en *Factortame* se trataba de un acto de aplicación de la Ley cuya incompatibilidad con el Derecho Comunitario se pretendió, en tanto que ahora se está pidiendo una declaración general y abstracta de incompatibilidad, antes, y al margen, de cualquier acto singular de aplicación, lo que implica una considerable diferencia. La Sentencia no entra, simplemente, en este tema, que, desde nuestra propia experiencia de los recursos contra normas, nos resulta capital (7). A mi juicio, ningún Tribunal contencioso-administrativo español (y me permito creer que de toda Europa continental) aceptaría formular una declaración abstracta de incompatibilidad de una Ley formal con el Derecho Comunitario, aunque cuando llegase el momento de su aplicación todos —o casi todos, para ser más exacto, con o sin plantear la cuestión prejudicial del art. 177 del Tratado— aceptarían la inaplicación de la Ley en virtud de la norma comunitaria prevalente. La razón es muy simple: no hay un recurso abstracto (en la terminología alemana) o directo contra las Leyes fuera de la vía del recurso directo de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (la cual no es adecuada,

(7) Cfr. G. BADEL, *Probleme der abstrakten Normen-kontrolle*, Berlín, 1965. Y mi libro *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 2 ed., Madrid, 1981, págs. 21 y ss.

contra lo que inicialmente pensó el Tribunal Constitucional italiano, que rectificó luego, para resolver el problema de la primacía del Derecho Comunitario, pues tal primacía no se resuelve en una invalidez de la Ley nacional contraria, sino en una simple inaplicación) (8), y el hecho de que un órgano administrativo haga una declaración sobre el alcance que, a su juicio, tiene la Ley no puede crear ese recurso por el camino de abrir el proceso con ocasión de esa declaración, que es el caso exacto de la Sentencia inglesa que comentamos.

VI

El tercer punto del planteamiento que hizo inicialmente Lord Keith, si la *Divisional Court* tiene o no jurisdicción para hacer esa declaración de incompatibilidad de la Ley inglesa con el Derecho Comunitario, lo resuelve con facilidad, de nuevo con la doctrina *Factortame*. Literalmente dice, con una sorprendente concisión:

«No hay necesidad [se sobreentiende: de jurisdicción] para tal declaración —de que la Ley británica está en contradicción con el Derecho Comunitario—. Una declaración [de ese tenor] basta para los fines que persigue la E.O.C. y es susceptible de ser otorgada consistentemente según el precedente que proporciona *Factortame*. Tal declaración no envuelve, como opone la Secretaría de Estado, ningún intento de la E.O.C. de forzar las obligaciones internacionales que del Tratado derivan para el Reino Unido. La E.O.C. intenta simplemente obtener una decisión que refleje la primacía del Derecho Europeo atendiendo a lo dispuesto por la sección 2 de la *European Communities Act* de 1972 (9) y

(8) Vid. *infra* y nota 14.

(9) Esta Ley se dictó para hacer posible la adhesión del Reino Unido a las Comunidades Europeas y en ella se definen de manera expresa los principios de efecto directo y de primacía del Derecho Comunitario, los cuales, como se sabe, no se declaran en el Tratado, sino que son obra de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Los acuerdos o Tratados de Adhesión de nuevos Estados a la Comunidad (hoy la Unión Europea), desde el referente al Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, justamente, así en el Tratado o Acta de Adhesión del Reino de España (BOE de 1 de enero de 1986), incluyen tales principios en la transcripción que se hace en su motivación del Dictamen de la Comisión.

determinar si el Derecho relevante del Reino Unido es compatible con las dos Directivas ya mencionadas».

De nuevo nos sorprende la simplicidad del razonamiento. Es cierto que la Sentencia no puede forzar a nada al Legislativo, ni siquiera al Gobierno para promover la reforma de la Ley. Pero eso de que se trata «simplemente de obtener una decisión que refleje la primacía del Derecho Comunitario» es algo más que nada. Habría que precisar si la declaración tiene o no efectos vinculantes sobre otras jurisdicciones y si lo tienen, como parece indudable, en virtud de qué, lo cual ya sería un efecto jurisdiccional que habría que explicar. ¿Es que la jurisdicción se basa, simplemente, en ser el Tribunal de que se trata un órgano de la *judicial review*, de la jurisdicción contencioso-administrativa? Pero entonces sigue habiendo necesidad de explicar, y no se hace en el razonamiento de Lord Keith, por qué este orden jurisdiccional tiene competencia para formular esas declaraciones generales de compatibilidad o incompatibilidad entre la Ley inglesa y el Derecho Comunitario y qué efectos tendrá tal declaración, el menor de los cuales sería, justamente, el resultar vinculante para otros jueces, incluso para la Administración cuando aquéllos y ésta estuviesen llamados a aplicar la norma (inglesa o comunitaria) procedente. Y segunda cuestión, que tampoco resuelve Lord Keith: si esa jurisdicción (puesto que de jurisdicción se trata, si sus Sentencias vinculan a alguien) es exclusiva o compartida, concentrada o difusa, como se dice a propósito de la organización de la justicia constitucional (10). Lo que, a primera vista, no resulta fácil de comprender es que se pretenda que esa facultad declarativa no es en sí misma una jurisdicción, siendo evidente que la doctrina *Factortame*, o, lo que es lo mismo, el principio de prevalencia del Derecho Comunitario, no alcanza a justificar tal poder en ninguno de los demás países comunitarios.

La concisión argumental que utiliza la Sentencia no parece ser, precisamente, ninguna deficiencia técnica; la calidad de la Sentencia es de primer orden, como iremos viendo. Lo que más bien deja adivinar ese estilo cortante es el propósito de construir una nueva vía de derecho, de dictar una Sentencia *rulemaking*, según la tradición del *common Law*, como luego examinaremos.

(10) Cfr. nota 1, *supra*.

VII

La cuestión del «foro apropiado» se resuelve con análogo desembarazo, aunque tocando ampliamente una cuestión de especial interés, los límites entre la jurisdicción nacional y la comunitaria para apreciar la existencia de las prácticas discriminatorias prohibidas por el art. 119 del Tratado, cuestión al hilo de la cual va a plantearse y resolverse aquí, precisamente, el fondo del asunto.

La cuestión que se debate, comienza diciendo, tiene un carácter similar a las cuestiones resueltas en *Factortame*. «La *Divisional Court* es el único foro ante el cual la E.O.C., teniendo, como es el caso, capacidad e «interés suficiente», está en posición adecuada para asegurar el resultado que la entidad desea». No acepta que la existencia de la vía del recurso de la Comisión Europea ante el Tribunal de Justicia contra el Reino Unido *ex art. 169* del Tratado de Roma cierre la vía de que se trata o haga a la misma «inapropiada». Incluso más, añade, y este es el segundo punto a que hemos aludido: la *Divisional Court* es un foro más apropiado aún que el Tribunal de Justicia de la Comunidad, supuesto que éste mismo ha dicho que corresponde a los Tribunales nacionales determinar si una retribución indirectamente discriminatoria está objetivamente fundada sobre motivos económicamente objetivos, con cita de la Sentencia *Bilba-Kaufhaus v. Weber von Harz* de 1987. Transcribe literalmente, en concreto, el § 36 de esta Sentencia del Tribunal de Justicia, referida a un tema del art. 119 del Tratado. Igualmente transcribe los §§ 12, 13, 14, 15 y 16 de la Sentencia *Rinner-Kühn v. F.W.W. Spezial-Gebäudereinigung*, 1989, en la que el Tribunal de Justicia examinó el tema específico de si ciertas restricciones de derechos económicos a los trabajadores a tiempo parcial contravenían o no el art. 119 del Tratado, teniendo en cuenta que la gran mayoría de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres. El Tribunal de Justicia dijo aquí que «si el Estado miembro puede probar que los medios elegidos encuentran su razón de ser en su política social y que son apropiados para alcanzar esa finalidad, el mero hecho de que el precepto afecte en mucho mayor número a mujeres que a hombres trabajadores no puede ser considerado como una infracción del art. 119». Para ponderar esa reserva, la Sentencia comunitaria afirmó que «es el Tribunal nacional, que tiene jurisdicción para establecer los hechos e interpretar la legislación nacional, el que debe determinar si y en qué medida el precepto legislativo que, aunque aplicado independientemente del sexo del trabajador, afecta ac-

tualmente a un número mucho mayor de mujeres que de hombres, está justificado por razones que son objetivas y ajenas a cualquier discriminación por razón de sexo» (§ 15), estableciendo incluso una presunción de discriminación que puede ser contradicha por una apreciación del Tribunal nacional en los términos dichos.

Es justamente en este punto, y en base a esa doctrina del Tribunal de Justicia, que reserva un ámbito de apreciación propio a la valoración por los Tribunales nacionales de las medidas supuestamente discriminatorias, cuando Lord Keith entra en el fondo del asunto, esto es, si los preceptos que la E.O.C. ha denunciado de la Ley inglesa de 1978 son o no discriminatorios. La razón original de tales preceptos legales parece haber sido la idea de que los trabajadores a tiempo parcial están menos comprometidos con la empresa que los emplea que los trabajadores a tiempo completo. En su contestación a la demanda de 23 de abril de 1990 la Secretaría de Estado declaró que el propósito de la Ley fue asegurar un justo equilibrio entre los intereses de las empresas y de los empleados. «Esta motivación no es ahora suficiente para apoyar una justificación objetiva de la regla de que se trata», es el juicio categórico de Lord Keith (11). «Se alega

(11) Me permito llamar la atención sobre la importancia de este juicio como técnica judicial de valoración de la discrecionalidad, aquí de la discrecionalidad del legislador, nada menos. Una razón presentada como motivación de la Ley en una de sus reglas particulares se entiende insuficiente y no objetiva. No se aplican criterios de «razonabilidad» o de estimación de la existencia de cualquier límite externo a dicha motivación, sino, directamente, de falta de consistencia objetiva de ésta. Inmediatamente la Sentencia desarrolla el argumento, como veremos, pero ésta es su base. El uso de este criterio está favorecido por dos circunstancias. Se trataba de apreciar una «discriminación indirecta», según los propios términos del art. 119 del Tratado, y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como hemos visto, impulsa a ese género de análisis en este campo. Se verá que la Sentencia incluso compara la solución de la Ley inglesa con la de las Leyes de otros Estados de la Comunidad Europea, lo que pocas veces podrá verse en el campo de la justicia constitucional. A subrayar, también, que se aplican técnicas procesales ordinarias de valoración de la prueba para enjuiciar los motivos de una Ley. Aporto este dato a la polémica reciente (PAREJO, T.-R. FERNÁNDEZ, SÁNCHEZ MORÓN) en nuestro Derecho Administrativo sobre los límites del control judicial de la discrecionalidad. Aquí, indudablemente, Lord Keith, y la Cámara de los Lores que le sigue, utilizan conscientemente técnicas de justicia constitucional, en tanto que están valorando la validez de una Ley formal, pero no parece que el juicio que hacen represente para ellos un esfuerzo especial respecto de su modo ordinario de enjuiciar los actos de un sujeto cualquiera, normal en otros casos. En efecto, tal tipo de valoración de los motivos del acto de un sujeto es perfectamente común en juicios civiles, penales, laborales

—sigue diciendo— que los preceptos en cuestión producen efectos más ventajosos para muchos empleados a tiempo parcial que si las empresas estuviesen obligadas a indemnizaciones suplementarias por despido injusto» de dichos empleados. Precisa, en concreto, sobre esta posible razón:

«Es discutible que si las empresas tuviesen esa obligación estuviesen inclinadas a emplear menos trabajadores a tiempo parcial y más trabajadores a tiempo completo, con desventaja de los primeros.

Que tenga lugar un incremento de las ventajas del trabajo a tiempo parcial puede ser considerado como un fin beneficioso de la política social, sin que pueda decirse que no sea un fin necesario. La cuestión, sin embargo, es si ha sido probado que los límites que establecen los preceptos de que se trata de 1978 son o no los adecuados y constituyan una condición para alcanzar dicho fin. Como criterio de adecuación para alcanzar tal fin, debe ser notado que la finalidad de los preceptos se dice que es reducir los costos de las empresas por el empleo de trabajadores por tiempo parcial. El mismo resultado, sin embargo, se obtendría en una situación en la que el cálculo del salario básico para los trabajadores a tiempo parcial fuese menor que para los trabajadores a tiempo completo. Ninguna distinción en principio puede propiamente ser hecha entre costes laborales directos y costes indirectos. En ciertas circunstancias para una empresa puede estar justi-

y, por qué no, contencioso-administrativos (en Inglaterra hay un sistema único de Tribunales, sin distinción de materias, de modo que la Cámara de los Lores es el Tribunal más alto en todas las materias), así como constitucionales, donde nuestro Tribunal Constitucional enfatiza el mucho mayor margen de «libertad de determinación» que tiene el legislador respecto de la discrecionalidad de las autoridades administrativas. Pero esa afirmación de principio no ha limitado demasiado la capacidad de nuestro Tribunal Constitucional de decidir la insuficiencia de los motivos avanzados por el legislador. Baste citar, como simple ejemplo, las Sentencias que han anulado las Leyes que establecían la afiliación obligatoria de ciertas Cámaras Oficiales: Sentencias 132/1989, 139/1989 y 178/1994, esta última, de 16 de junio de 1994, nada menos que sobre las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación; en todas estas Sentencias se valora directamente si las Leyes anuladas se justificaban en la atribución a esas Cámaras de funciones de verdadero interés general, haciendo una estimación directa de tal interés y concluyendo de forma contraria a la estimación del legislador.

ficado pagar a los trabajadores de tiempo completo un jornal más alto que a los trabajadores de tiempo parcial para asegurar el uso más eficiente de la maquinaria de la misma, lo cual es una situación especial y limitada de los negocios. La legislación que permitiese una diferencia de ese carácter en todo el país presentaría un aspecto muy diferente, teniendo en cuenta que la gran mayoría de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres y constituiría seguramente una gran ruptura del principio de igual retribución y no sería posible que fuese vista como un instrumento adecuado de lograr un incremento del empleo a tiempo parcial. Consideraciones análogas son aplicables a la legislación que reduce los costos indirectos del empleo de trabajadores a tiempo parcial. La cuestión es si con la prueba practicada ante la *Divisional Court* ha sido probado que de las normas de que se trata resulte una mayor ventaja del trabajo a tiempo parcial que lo que ocurriría sin ellas. En mi opinión, esta cuestión debe ser respondida negativamente. La prueba de la Secretaría de Estado ha consistido principalmente en un memorandum [*affidavit*] de un funcionario del Ministerio de Empleo que expresa los criterios de éste, pero que no contiene nada capaz de ser visto como una prueba de hecho de la corrección de esos criterios. Uno de los documentos que acompaña a ese memorandum es un informe con el proyecto de Directivas preparado por el Comisario de Asuntos Sociales de la Comisión Europea en 1990. Contiene un amplio esquema de los beneficios y ventajas del empleo a tiempo parcial, incluyendo pagos complementarios e indemnizaciones por despido injusto, pero propone como límite para esos beneficios un trabajo de 8 horas de trabajo por semana. El fundamento para este régimen se dice ser la eliminación de costos administrativos desproporcionados y una consideración de las necesidades económicas de los empresarios. Pero éstos no son los motivos de justificación en que se apoya la Secretaría de Estado. Las pruebas aportadas por la E.O.C. consisten en su mayor parte en un informe del Comité de Empleo de la Cámara de los Comunes de 1990 y otro informe del Comité de Comunidades Europeas de la Cámara de los Lores sobre empleo temporal y de tiempo parcial de 1990. Esto revela una pluralidad de criterios sobre el efecto de los límites establecidos por los preceptos de que se trata sobre el trabajo a tiempo par-

cial, siendo las organizaciones empresariales, y algunas representaciones sindicales obreras, de la opinión que la remoción de los trabajadores de este carácter reduce las indemnizaciones, en tanto que otros empresarios y profesores en materia de relaciones laborales tienen una opinión contraria. Ocurre que ningún otro Estado de la Comunidad Europea, fuera de la República de Irlanda, ha establecido en sus legislaciones un límite similar: la República de Irlanda, cuya Ley estableció inicialmente un límite de 18 horas por semana, acaba de modificar esta legislación para bajar el límite a 8 horas. En Holanda la proporción de los trabajadores a tiempo parcial en las plantillas era en 1988 del 29'8 por 100 y en Dinamarca el 25'5 por 100; pero en ningún país se encuentra un límite similar al de la Ley [inglesa enjuiciada] de 1978. En la legislación francesa se introdujo en 1982 una regla para que los trabajadores por tiempo parcial tuviesen los mismos derechos que los de jornada completa, si bien entre 1983 y 1988 los trabajadores a tiempo parcial crecieron un 36'6 por 100, cifra superior al incremento en el mismo período en el Reino Unido, que fue sólo del 26'6 por 100. Aunque se sugieren varias explicaciones sobre estas estadísticas en apoyo de las tesis de la Secretaría de Estado, no hay modo de saber si tales explicaciones tienen alguna validez. El hecho es, no obstante, que la proporción de trabajadores a tiempo parcial en el conjunto nacional es mucho menor que la proporción de trabajadores por jornada completa, que su remuneración semanal es necesariamente mucho más baja y que el número de los mismos que son despedidos o cesados cada año no parece ser que sea indebidamente grande. La conclusión es que no hay justificación objetiva para los límites establecidos por la Ley de 1978».

El párrafo ha sido largo, pero me parece muy expresivo de la técnica de control de las Leyes que, aun siendo la primera vez que hace en toda su historia, acaba de inaugurar en Inglaterra la Cámara de los Lores (en el sentido judicial, y no parlamentario, del término) (12). El reproche he-

(12) Puede darse algún equívoco en utilizar el mismo término, Cámara de los Lores, para indicar, a la vez, la Cámara Alta o Segunda del Parlamento inglés y el Tribunal más alto de Inglaterra, pero hay que notar que se trata, en realidad, de dos órganos distintos e independientes, aunque el segundo se inserte —en forma ya

cho a la Ley es, simplemente, lo que expresa el último párrafo del texto transcrito: «no hay justificación objetiva» para que la Ley haya hecho la regulación que se enjuicia y que, de hecho, viene a discriminar el trabajo de las mujeres, que es (a través del art. 119 del Tratado) el parámetro de validez del enjuiciamiento.

Seguidamente la Sentencia hace una precisión, sobre si la indemnización por despido indebido es «retribución» en el sentido del art. 119 del Tratado. Decide que sí, invocando Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades de 1992 y 1990. De lo cual deriva directamente el juicio conclusivo:

«La discriminación en relación con la indemnización por despido injusto, al no estar objetivamente justificada, está claramente en contradicción con la Directiva de Retribución igual».

Propone, pues, estimar la apelación de la E.O.C., formulando el fallo en los siguientes términos literales:

«1. Que las reglas de la *Employment (Consolidation) Act* de 1978 que establecen que los empleados que trabajen menos de dieciséis horas semanales están sujetos a diferentes condiciones que las que se aplican a los trabajadores que trabajan dieciséis horas o más a la semana por lo que se refiere a la indemnización por cesación del trabajo, tales reglas son incompatibles con el art. 119 del Tratado de Roma y con la Directiva del Consejo 75/117/CEE de 10 de febrero de 1975.

2. Que las reglas de la *Employment (Consolidation) Act* de 1978 que establecen que los empleados que trabajan menos de 16 horas semanales están sujetos a diferentes condiciones que las que

puramente simbólica— en el primero. Los *Law Lords*, los Lores del Derecho, tienen el privilegio de formar parte de la Cámara, si bien ya hace siglos que no participan en sus deliberaciones, de modo que se trata de una pura distinción de honor, que puede pasar a ser efectiva al retirarse, aunque esto mismo esté en total desuso. Los *Law Lords* son puros jueces profesionales (su número actual era de 15 en 1982; ahora deben ser de 2 ó 3 más), cuya independencia es absoluta, como es natural, y la Cámara política no tiene ninguna intervención, absolutamente ninguna, en los juicios. Sobre la personalidad, el estilo y la influencia de estos jueces supremos, vid. A. PATTERSON, *The Law Lords*, MacMillan, London, 1982, repr. 1983.

se aplican a los trabajadores que trabajan 16 o más horas a la semana por lo que se refiere al derecho de indemnización por despido injusto son incompatibles con la Directiva de Consejo 76/207/CEE de 9 de febrero de 1976».

En cuanto a la petición de la E.O.C. de que el Tribunal declare que el Secretario de Estado está violando las reglas de la Directiva sobre retribución igual, que impone a los Estados miembros que dicten las medidas precisas para derogar cualquier norma contraria a ese principio de igual retribución, Lord Keith dice:

«La finalidad de esa declaración que se pide de los Lores se dice que es hacer posible que los trabajadores a tiempo parcial que fueron empleados por otros que por el Estado o entidades públicas y que han sido privados del derecho de obtener una indemnización por despido injusto como consecuencia de los límites restrictivos de la Ley de 1978 pudieran interponer acciones de responsabilidad contra el Reino Unido sobre la base de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad *Frankovich c. Republica italiana* de 1992. En mi opinión —dice— sería completamente inapropiado hacer tal declaración. Si algún individuo creyese que tiene una buena base para reclamar indemnización por el principio *Frankovich* correspondería al *Attorney General* [Ministerio Público, que en el Reino Unido defiende a la Administración] actuar como defensor en el procedimiento relativo a hacer efectivo tal pretensión y las situaciones que se presenten no son necesariamente idénticas con las que se han presentado en la presente apelación».

Es la frase final de la Sentencia. A subrayar, pues, que la Cámara de los Lores admite la posibilidad de que los trabajadores cuyos derechos de indemnización en caso de despido injusto según los módulos de la Ley de 1978 se han visto disminuidos respecto de los que hubiesen procedido de haber respetado esta Ley el criterio comunitario, ahora por vez primera interpretado, tengan abierta la posibilidad de reclamar al Estado inglés por esa disminución, en virtud de la capital doctrina *Frankovich* del Tribunal de Justicia, que declaró la responsabilidad de los Estados miembros frente a los ciudadanos que hubiesen sufrido perjuicio patrimonial como

consecuencia de la falta de trasposición a su ordenamiento interno de una Directiva comunitaria. La única objeción de la Sentencia es que las circunstancias de cada reclamante pueden ser diversas y que debe darse ocasión a que la Administración pueda defenderse en función de esas circunstancias; es, pues, una simple razón procesal la que lleva a la solución de la Sentencia en este punto.

VIII

Se comprende que esta Sentencia inglesa tiene una importancia de primer orden.

Desde la perspectiva del Derecho Constitucional inglés, esta Sentencia llega mucho más allá que las Sentencias *Factortame*, en las que, como hemos ya notado, se trató de la inaplicación de una Ley, y además después de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hubiese declarado (por las dos vías de los arts. 177 y 169 del Tratado) la incompatibilidad de dicha Ley con el Derecho Comunitario. Ahora no es una inaplicación de una Ley inglesa a un caso concreto que haya de resolverse según el Derecho Comunitario lo que la Sentencia de los Lores decide, sino algo bastante distinto, y mucho más enérgico: una declaración general y abstracta de la incompatibilidad de una Ley inglesa con el Derecho Comunitario, al margen de cualquier aplicación concreta de dicha Ley y con efectos, por tanto, *erga omnes* (la propia Sentencia lo admite de manera expresa a propósito de las consecuencias indemnizatorias, como hemos visto) y *pro-futuro*. El fallo no contiene un pronunciamiento anulatorio de la Ley, porque, como la propia Sentencia dice, la Ley sigue siendo aplicable fuera del ámbito de aplicación del Derecho Comunitario, aunque aquí ese ámbito cubre la totalidad de las aplicaciones (aunque sea a ciudadanos de Estados no comunitarios) dentro del Reino Unido; el único campo posible de aplicación en este caso parece ser el de territorios extrametropolitanos ingleses no incluidos en el territorio comunitario, pero, en cualquier caso, la Cámara de los Lores ha querido preservar ese principio esencial según el cual la primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho de los Estados no implica la nulidad de las normas de éstos que contradigan las normas de aquél.

La Cámara de los Lores acaba, pues, de crear un recurso directo para el control abstracto de las Leyes inglesas desde la perspectiva de su com-

patibilidad con el Derecho Comunitario, recurso, por cierto, no concentrado en su alta jurisdicción, sino difuso entre todos los Tribunales que ejerzan jurisdicción de *judicial review* o contencioso-administrativo por razón de la materia de que se trate (*Courts*, u órganos judiciales, no *Tribunals* administrativos, de tanta importancia en el sistema jurídico inglés). Es una verdadera innovación. Lo es en el Derecho Constitucional inglés, por supuesto, donde los Tribunales adquieren un poder de enjuiciamiento sobre las Leyes formales que no tuvieron nunca (13), aunque este poder no les lleve aún hasta el extremo de poder declarar su nulidad. Hasta ahora el poder de los jueces concluía en el umbral de la *parliamentary sovereignty*, principio absoluto y sin excepciones.

Pero es una innovación también, según estimo, en el ámbito del Derecho de los Estados de Derecho Comunitario, al menos de los que pueden serme más accesibles, Francia, Alemania, Bélgica, Italia, España. Salvo error mío, en ninguno de estos Estados sería posible ejercitar una acción de control abstracto de Leyes de ese carácter, y mucho menos aún un control difuso, no concentrado en un solo Tribunal (Constitucional o Supremo). Es sabido que en Italia su *Corte Costituzionale* pretendió durante bastantes años que la primacía del Derecho Comunitario sobre las Leyes internas debía hacerse valer como un vicio de constitucionalidad de éstas; pero aparte de que en Italia no existe control abstracto o recurso directo contra Leyes por razón de inconstitucionalidad, sino sólo la técnica de la «cuestión de inconstitucionalidad» suscitada en el seno de un proceso ordinario, es de notar que esa posición fue totalmente rectificada a partir de la Sentencia *Granital*, número 170/1984, de 8 de junio (14), que se ha alineado en la firme doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sobre el efecto de la primacía del Derecho Comunitario limitado en la simple inaplicación de la norma interna contraria, sin que

(13) Fuera de los limitados precedentes anteriores al siglo XVIII de un *fundamental Law* con superioridad sobre las Leyes, precedentes que jugaron un papel decisivo en la formación del dogma del constitucionalismo americano de la *constitutional supremacy* y del correlativo control de constitucionalidad de las Leyes, pero que fueron arrumbados en Inglaterra desde el triunfo de la *parliamentary sovereignty*. Esencial sobre el tema, J. W. GOUGH, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford, 1955.

(14) Doctrina confirmada pacíficamente desde entonces: Sentencias constitucionales (italianas) 113/85, de 19 de abril, 389/89, de 4 de julio, 232/89, de 21 de abril, etc.

la cuestión alcance el rango de vicio de nulidad de la Ley por la vía indirecta de la inconstitucionalidad de ésta.

¿Cómo explicar este paso, verdaderamente notable, de la Cámara de los Lores? En un orden de principios, quizás los Lores han pensado que una declaración general de que una Ley inglesa contradice el Derecho Comunitario puede ser una vía procesal con más garantías que la técnica de la simple inaplicación de dicha Ley para un contraste objetivo y fundamentado de su contradicción con el Derecho Comunitario. Sería el juicio de que la técnica del «control abstracto» de normas produce un salvable efecto purgativo o depurativo del ordenamiento, preferible al del simple *hunch* u olfato de tal contradicción decidida por cualquier juez a la hora de la aplicación de dicha Ley y que no releva a un ulterior juez llamado a aplicar la misma norma a tener que improvisar en otra ocasión el mismo juicio de contraste, con el claro riesgo de contradicción entre los criterios de los distintos jueces (15). Aunque el control abstracto no esté concentrado en un solo Tribunal (del tipo de los Tribunales Constitucionales continentales) sino difuso, parece que debe interpretarse que tal difusión se limita a los órganos y al procedimiento específicos de la *judicial review* de Derecho Público inglesa o contencioso-administrativa (como se deduce de la inadmisión de la demanda acumulada de Mrs. Day, considerada de *pure private law*, según vimos), cuyas reglas son las que se citan a la hora de decidir los temas claves de la legitimación y de la competencia, según hemos podido ver. Los Lores han ejercitado, pues, una opción, extraordinariamente audaz y quizás sólo explicable en el ambiente de un *common Law* dominado, creado y desenvuelto por los propios jueces, con el hábito histórico del *rulemaking case*.

No me cabe duda que en esa opción por el control abstracto de las normas (que, por cierto, tampoco excluye el control concreto en el momento de la resolución de un caso con la técnica de la pura inaplicación) ha debido pesar el hecho de que ese control abstracto permite una atención especialmente cuidadosa y ponderada del Derecho Comunitario, cuya

(15) Esas razones en favor de un recurso directo (contra Reglamentos) y sus ventajas sobre el recurso indirecto o actos de aplicación (que, por cierto, en el Derecho Comunitario, por influencia francesa, se llama «excepción de ilegalidad», art. 184 del Tratado de Roma), en mi citado libro *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, pág. 23 y ss., y mi artículo «La eliminación general de las normas reglamentarias nulas con ocasión de recursos contra sus actos de aplicación», en *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 66, 1990.

base está en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, lo que exige una cierta preparación, incluso especialización, o, al menos, un hábito y una disponibilidad de medios que no será razonable suponer en todos los órganos judiciales. La Sentencia es un modelo en ese tipo de análisis, así como del dominio de la jurisprudencia comunitaria y aun de los diferentes Derechos nacionales. Orientando la resolución de estos delicados conflictos hacia un control abstracto en el seno de una jurisdicción especializada (la del *judicial review* o contencioso-administrativa), se hace, indudablemente, posible una atención y una posibilidad de acierto que forman parte, como resulta obvio, de una verdadera «tutela judicial efectiva», para usar los términos de nuestra propia Constitución.

Es esa seguridad en el manejo de todos los datos del problema la que explica la intensidad del grado de control que se ha ejercido sobre la Ley parlamentaria, grado de control que se encontrará difícilmente, como noté más atrás, en los controles de constitucionalidad de las Leyes propios del continente europeo.

En fin, también merece notarse el hecho de que la Cámara de los Lores haya efectuado la interpretación del Derecho Comunitario (art. 119 del Tratado de Roma y dos Directivas) tan detenida y ponderada en que su fallo se basa sin haber planteado la cuestión prejudicial interpretativa ante el Tribunal de Justicia, a lo que parece que le obligaba el tenor literal del art. 177 del propio Tratado. No se explicará esta circunstancia por el simple argumento psicológico de la renuencia de los Tribunales Constitucionales y aun Tribunales Supremos a plantear cuestiones prejudiciales ante Luxemburgo. La Cámara de los Lores había planteado ya una cuestión de este carácter en el básico asunto *Factortame* (16), planteamiento que fue decisivo para su resolución. Más bien pienso que, tratándose de una verdadera y trascendental revolución en el solemne curso histórico del *common Law*, la Cámara de los Lores ha creído que era su responsabilidad decidir por sí sola un paso tan trascendental, como parece lo propio en un genuino *rulemaking case*. El supuesto era, evidentemente, muy apropiado y el indesmentible instinto jurídico de los Lores lo ha aprovechado lúcida y resueltamente. Por lo demás, la norma comunitaria era «clara» en su in-

(16) Vid. las referencias de mi libro ya citado, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo*. En el Tribunal de Justicia pende en este momento por resolver una cuestión prejudicial sobre el mismo asunto de fondo *Factortame*, esta vez en relación con la reclamación indemnizatoria de los pescadores españoles, como ya se notó más atrás.

terpretación, incluso era «aclarada» o «interpretada» en las Sentencias del Tribunal de Justicia que los Lores citan, lo que es un supuesto en el que la jurisprudencia comunitaria (desde la Sentencia *Cilfit*, 1982) excusa la obligación de plantear la cuestión (17), más aún cuando esa jurisprudencia contiene, como vimos, una explícita remisión del análisis de la Ley nacional supuestamente contraria al art. 119 del Tratado a los propios Tribunales nacionales. Donde estaba el problema interpretativo era en la Ley inglesa más que en la prohibición comunitaria de las «discriminaciones indirectas».

Una última observación. Es difícil no ver en esta capital Sentencia *Equal Opportunities Commission* de 1994 un cierto intento de liberarse de la sumisión absoluta a la Ley en que el dogma de la *parliamentary sovereignty* había aherrojado a los jueces ingleses desde hace siglos. Podría, quizás, pensarse que ha contribuido a ello la resuelta expansión de las técnicas judiciales de control de normas, incluidas las Leyes, que la casi generalización de la justicia constitucional y el Derecho Comunitario creado sustancialmente por el Tribunal de Justicia, por su parte, han extendido a toda Europa, en un momento, además, de libre circulación de las ideas y de las técnicas jurídicas que esta segunda mitad de siglo ha consagrado, junto con la libre circulación de las personas, los bienes, los capitales y los servicios. El hermético aislamiento tradicional del mundo jurídico inglés, sobre el que han construido, justo es decirlo, un modélico sistema jurídico, en tantas cosas ejemplar, parece haber iniciado una apertura con esta Sentencia, que marca un hito de primera importancia en la solemne historia de ese sistema mismo.

Podríamos concluir diciendo, con todas las reservas que resultan de lo expuesto, que se puede avizorar ya una apertura del *common Law* hacia un *ius commune* europeo (18).

(17) Vid. sobre esto mi estudio *Las competencias y el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, en la obra colectiva *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, dirigido por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J. GONZÁLEZ CAMPOS y S. MUÑOZ MACHADO, Madrid, 1986, I, pág. 710 y ss.

(18) Cfr., por todos, R. ALONSO GARCÍA, *Derecho Comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo*, Madrid, 1989.

