

De la cuestión prejudicial a la casación europea: Reflexiones sobre la eficacia y la uniformidad del Derecho de la Unión*

Julio Baquero Cruz

Marie Curie Fellow
Instituto Universitario Europeo (Florencia)

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN Y TRES PARÉNTESIS
2. LUCES Y SOMBRAS DEL PROCEDIMIENTO PREJUDICIAL: LA ACTITUD DE LOS JUECES NACIONALES
3. PROBLEMAS COMUNITARIOS DEL PROCEDIMIENTO PREJUDICIAL: LA JURISPRUDENCIA «POBRE» Y LA AUSENCIA DE SANCIÓN
4. ¿HACIA UNA CASACIÓN EUROPEA?

* Traducción a cargo de Susana de la Sierra, profesora de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha (campus de Toledo).

El presente trabajo se basa en una ponencia escrita en francés para un coloquio que tuvo lugar en la Universidad de Rouen en abril de 2004 y que será publicada próximamente en un volumen colectivo por la editorial Bruylant de Bruselas. Agradezco a Susana de la Sierra la traducción de dicho texto al español, que luego he revisado y modificado; y los comentarios de Silvia Acierno, Loïc Azoulai, Koen Lenaerts, Jean-Victor Louis y Luigi Malferrari

1. INTRODUCCIÓN Y TRES PARÉNTESIS

Todo ordenamiento jurídico tiene vocación de eficacia. Puede decirse incluso que no llega a serlo por su simple promulgación y existencia física en las páginas de los boletines oficiales, que sólo existe si sus normas se respetan habitualmente, si cuenta con mecanismos suficientes para garantizar su eficacia, si las cosas, en definitiva, se ajustan por lo general al deber ser que representa el Derecho.

La legitimidad de su adopción, que obedece a su fundamento democrático, parece una condición indispensable para alcanzar una eficacia suficiente. Es cierto que un Derecho determinado puede ser eficaz e ilegítimo al mismo tiempo, pero en ese caso es improbable que su eficacia sea duradera. Todo ello puede decirse del Derecho en su conjunto: de la legislación y los reglamentos, y también de la constitución, acto fundacional y fundamento del ordenamiento jurídico que requiere una base democrática más amplia y constante que las demás normas.

La legitimidad del Derecho se halla, por tanto, estrechamente ligada a la de las instituciones que lo crean. La legitimidad de los principales responsables de su aplicación, los jueces, es diferente de la de los órganos políticos, debido al poder específico que detentan. El poder judicial actúa de una manera distinta y en un contexto diferente del que rodea a los poderes políticos: los jueces deben conocer de casos concretos para actuar; casi siempre deciden dentro de los límites de un marco normativo preciso que reduce su campo de acción; la jurisprudencia que elaboran puede ser contraria con posterioridad por el legislador, si han interpretado la legislación, o por el poder encargado de reformar la constitución, si han interpretado esta última. Por ello, entre todos los poderes públicos el del juez es el más débil y el menos peligroso, aunque no impotente. Según el juez Holmes, «los jueces han de legislar y de hecho lo hacen, pero sólo de manera intersticial»¹. La legitimidad de los jueces para «legislar», es decir, para colmar lagunas o aplicar el Derecho de forma más creativa en los casos difíciles para los que el ordenamiento jurídico no ha previsto una solución satisfactoria, así como para aplicar el Derecho de manera algo más automática en los asuntos sencillos, deriva de su propia función y posición institucional en un sistema legítimo en su conjunto². Los jueces se benefician, por tanto, de la

¹ *Southern Pacific Co. v Jensen*, 244 U.S. 205, 221 (1916): «judges must and do legislate, but they do so only interstitially».

² Véase al respecto mi artículo «Constitutional Gaps in European Community Law», en *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis* (vol. I, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 2003, pg. 29).

legitimidad del Derecho que aplican y del sistema institucional en el que actúan.

Esta legitimidad del juez «a través del Derecho» puede verse reforzada con una legitimidad democrática directa, en especial si se trata de tribunales dotados de un cierto grado de poder político (tribunales constitucionales o tribunales supremos que desempeñen funciones constitucionales), pero no es indispensable: la legitimidad a través del Derecho y del sistema institucional al que pertenecen puede ser suficiente.

De estas consideraciones generales me gustaría retener la siguiente idea: en un Estado de Derecho democrático, la eficacia del Derecho depende de su aplicación por el juez, y la autoridad de este último deriva tanto de la legitimidad del Derecho que aplica como de la forma en que lo aplica. Y hace falta, además, que existan mecanismos que permitan aplicar efectivamente el Derecho, que toda deficiencia en su aplicación pueda ser conocida y sancionada.

Antes de pasar al tema central de este artículo –cómo asegurar mejor la eficacia y la uniformidad del Derecho de la Unión Europea³– quisiera dejar tres cuestiones entre paréntesis.

En primer lugar, la cuestión de la legitimidad del Derecho de la Unión en sus componentes constitucional (u originaria) y derivada. La legitimidad democrática de los poderes políticos de la Unión y de su producción normativa plantea problemas que no son sencillos. Pero supongamos, a efectos de la presente reflexión, que son suficientemente legítimos, de modo que las normas que establecen deben respetarse y aplicarse.

Supongamos, en segundo lugar, que el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia son órganos legítimos que forman parte de un sistema institucional legítimo en su conjunto. Es posible que un grado mayor de legitimidad democrática mediante la intervención del Parlamento Europeo en el nombramiento de los miembros del Tribunal de Justicia reforzase su posición institucional⁴; y tal vez dicha intervención fuera especialmente

³ Con la expresión «Derecho de la Unión Europea» me refiero tanto al Derecho de la Unión Europea en sentido estricto como, principalmente, al Derecho de la Comunidad Europea inscrita en la Unión.

⁴ En su resolución de 29 de noviembre de 2001 sobre el proceso constitucional y el futuro de la Unión, el Parlamento Europeo calificó «la designación de los miembros del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia por mayoría cualificada y con el dictamen conforme del Parlamento» como indispensable «para un funcionamiento más democrático y eficaz de las instituciones de la Unión» [2001/2180 (INI), punto 4; véase además el informe A5-0368/2001, ponentes Leinen y Méndez de Vigo]. Con anterioridad, en su «informe sobre ciertos aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea», el Tribunal había considerado «inaceptable una reforma que prevea la audiencia de cada candidato ante comisiones parlamentarias» (*Informe anual del Tribunal*, 1995, punto 17). Si el proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa entra en vigor, su artículo I-28 no cambiará nada en este aspecto: la designación de los miembros del Tribunal seguirá haciéndose «de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados Miembros», mantenimiento del sistema actual que había recibido el apoyo de la

indicada dado que, entre otras, dicho Tribunal desempeña importantes funciones constitucionales⁵. Considero, sin embargo, que su ausencia no es un obstáculo para reconocerle una legitimidad suficiente.

Tercera suposición: los problemas más graves para la eficacia del Derecho de la Unión no se encuentran en el ámbito de los recursos directos ni en el de las relaciones entre las instituciones de la Unión, los Estados miembros y las administraciones nacionales, sino en el marco de la aplicación del Derecho comunitario por el juez nacional. En efecto, si la autoridad del juez debe medirse según el grado de aceptación de sus resoluciones y de reconocimiento de su competencia, se ha de admitir que por lo que se refiere a los recursos directos, las instituciones y los particulares que tienen acceso directo al juez comunitario suelen respetar las decisiones del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia. Existen algunos problemas menores con los Estados miembros, que a veces tardan años en adaptar su ordenamiento a las sentencias de incumplimiento del Tribunal de Justicia. Debe tratarse, con todo, de casos aislados, pues la posibilidad introducida en 1993 por el Tratado de Maastricht de imponer multas coercitivas a los Estados incumplidores de la sentencias del Tribunal ha sido poco utilizada hasta la fecha. Los datos disponibles revelan que la Comisión recurre a este instrumento para acelerar la ejecución de dichas sentencias por los Estados miembros y que los retrasos suelen deberse más a problemas de mal funcionamiento institucional que a una voluntad rebelde de los Estados⁶. Además, es frecuente que las instituciones esperen a conocer la posición del Tribunal antes de elaborar una propuesta legislativa⁷. En cuanto al poder encargado

mayoría de los miembros del círculo de debate sobre el Tribunal de Justicia que se constituyó en la Convención Europea (véase el punto 5 de su Informe final de 25 de marzo de 2003, CONV 636/03).

⁵ Sobre tales funciones, véase G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y J. BAQUERO CRUZ, «Funciones constitucionales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *Fundamentos: cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho público e historia constitucional* (núm. 4, 2005, en preparación).

⁶ Entre los asuntos iniciados por la Comisión con arreglo al artículo 228, apartado 2, del Tratado, únicamente dos han finalizado mediante sentencia. En ambos casos el Tribunal impuso una multa coercitiva (sentencias de 4 de julio de 2000, *Comisión/Grecia*, C-387/97, Rec. pg. I-5047; y de 25 de noviembre de 2003, *Comisión/España*, C-278/01, aún no publicada en la Recopilación). Cinco asuntos de esta naturaleza se encuentran pendientes en la actualidad (C-304/02, *Comisión/Francia*, DO C 247, de 12 de octubre de 2002, pg. 9; C-294/03, *Comisión/Irlanda*, demanda publicada en el DO C 213, de 6 de septiembre de 2003, pg. 19; C-119/04, *Comisión/Italia*, DO C 106, de 30 de abril de 2004, pg. 31; C-165/04, *Comisión/Irlanda*, DO C 106, de 30 de abril de 2004, pg. 51; C-177/04, *Comisión/Francia*, DO C 118, de 30 de abril de 2004, pg. 34). Una decena de este tipo de asuntos han sido archivados a raíz del desistimiento de la Comisión debido a que el Estado miembro afectado había ejecutado la sentencia que constataba el incumplimiento (por ejemplo, el auto de archivo de 21 de octubre de 2003, *Comisión/Italia*, C-57/03, DO C 47, de 21 de febrero de 2004, pg. 27).

⁷ Véase, por ejemplo, el punto 10 del Informe de la Comisión sobre el *estado de los trabajos relativos a las directrices sobre las ayudas estatales relacionadas con los servicios de interés económico general* (de 16 de junio de 2002, COM [2002] 280 final, donde se señala la necesidad de «esperar a las sentencias del Tribunal» [en los asuntos *Altmark* y *GEMO*], antes de adoptar una posición en el ámbito comunitario).

de reformar el Tratado, aunque no está subordinado al Tribunal de Justicia ni debe respetar su jurisprudencia, la respeta casi sin excepción y se ha inspirado en ella para distintas reformas constitucionales⁸.

2. LUCES Y SOMBRAS DEL PROCEDIMIENTO PREJUDICIAL: LA ACTITUD DE LOS JUECES NACIONALES

El procedimiento prejudicial presenta problemas algo más graves para la eficacia del Derecho de la Unión. Este procedimiento es de una importancia vital para la Unión, dado que establece un vínculo institucional entre el Tribunal de Justicia y los tribunales nacionales y un «puente» normativo entre el Derecho comunitario y los Derechos de los Estados miembros. Durante largo tiempo ha sido una fuerza para un Derecho comunitario naciente que quería ser eficaz. Este Derecho, con sus características principales de efecto directo y primacía, sólo existía plenamente en la medida en que se respetaba el procedimiento prejudicial. Seguramente se trataba, además, del único vínculo aceptable entre todos los imaginables⁹. Hoy podría pensarse que todavía es así; que, visto que el Tratado es la Carta constitucional de una Comunidad de Derecho en buena parte gracias al mecanismo del artículo 234 del Tratado y en la medida en que éste funciona bien, no habría que tocar esta pieza preciosa del edificio comunitario. Es cierto que ha cumplido su función con honor hasta ahora, ayudando al Derecho comunitario a obtener carta de ciudadanía. Pero en presencia de un ordenamiento bastante más complejo y mucho más extenso en sus ámbitos de aplicación material y geográfico, hay que preguntarse si puede seguir manteniendo, como una especie de Atlas, la mayor parte del peso de la función de asegurar el respeto del Derecho en la Unión.

Asegurar el respecto del Derecho, según la fórmula del artículo 220 del

⁸ Los ejemplos más conocidos son la «recepción» en el Tratado de las jurisprudencias relativas a los derechos fundamentales (artículo 6 del Tratado UE) y a la legitimación activa del Parlamento Europeo (artículo 230 del Tratado). Se ha de mencionar igualmente el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, introducido por el Tratado de Amsterdam, que declara en su apartado 2 que la aplicación de dichos principios «no afectará a los principios desarrollados por el Tribunal de Justicia en lo que se refiere a la relación entre el Derecho comunitario y el nacional». Cabe señalar, por último, la consagración expresa del principio de primacía por el artículo I-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, que aún no ha entrado en vigor. Una declaración aneja a dicho Tratado recuerda que la disposición en cuestión no hace sino reflejar la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia (CIG 87/04 ADD 2 REV 2, de 13 de octubre de 2004).

⁹ Según Pierre PESCATORE, quien participó en las negociaciones del Tratado de Roma, la aceptación del procedimiento prejudicial del antiguo artículo 177 del Tratado (hoy, artículo 234 CE) –un gran paso adelante en comparación con el procedimiento prejudicial del artículo 41 del Tratado CECA, únicamente disponible para las cuestiones de validez– «no planteó dificultades». PESCATORE cree «que no todos, quizás, eran conscientes de la importancia de esta innovación» (P. PESCATORE, «Les travaux du “groupe juridique” dans la négociation des traités de Rome», *Studia Diplomatica*, 1981, vol. XXXIV, pg. 159, pg. 173).

Tratado, equivale a asegurar su eficacia, pero también su interpretación uniforme. Para el Derecho de la Unión, como para todo Derecho que debe aplicarse en un ordenamiento jurídico compuesto, estas exigencias son de carácter existencial. Ahora bien, en la Comunidad, las mismas dependen esencialmente del procedimiento prejudicial¹⁰.

Este procedimiento tiene muy buena prensa. Siempre se habla del mismo como «fundamento», «clave de bóveda» del sistema, etc. Se ha dicho frecuentemente que constituye la originalidad y el genio del ordenamiento comunitario, que en ello se distingue del Derecho internacional, que es una razón importante del éxito de la integración europea por medio del Derecho, que él mismo es un éxito y que, por lo tanto, corre el riesgo de ser «víctima de su éxito». En efecto, su buen funcionamiento habría provocado un aumento tal del número de cuestiones prejudiciales que el Tribunal de Justicia no podría responder en un tiempo razonable y de forma útil. En consecuencia, el procedimiento prejudicial ya no sería capaz de desempeñar su función de forma satisfactoria¹¹.

Para compartir esta opinión se ha de estar de acuerdo con la afirmación de que el procedimiento prejudicial es un éxito. Se ha de convenir que, a falta de soluciones más eficaces que seguramente eran impensables en la época en la que se concibieron los Tratados, el mismo ha podido servir durante largo tiempo para mantener relativamente unido el ordenamiento comunitario y permitir que tuviera una existencia efectiva mediante el vínculo que establece entre ordenamientos jurídicos y órganos jurisdiccionales. Pero sólo ha tenido un éxito limitado, pues había de pagarse un precio por la fragilidad del vínculo.

Para compartir dicha opinión también habría que estar de acuerdo con la idea de que las cuestiones prejudiciales son demasiadas. ¿Pero es cierto? ¿Es verdad que son tantas que podrían bloquear la justicia comunitaria, que sería necesario introducir un filtro o transferir una parte al Tribunal de Primera Instancia, utilizando la posibilidad abierta por la reforma de Niza? ¿Son realmente demasiadas las más de 200 peticiones de decisión prejudicial que el Tribunal de Justicia recibe anualmente¹²?

¹⁰ Véase la sentencia de 24 de mayo de 1977, *Hoffmann-La Roche*, 107/76, Rec. 1977, pg. 957, apartado 5, según la cual, en el ámbito del artículo 234 del Tratado, «que pretende asegurar que el Derecho comunitario sea interpretado y aplicado de manera uniforme en todos los Estados miembros, el apartado 3 tiene especialmente por finalidad la de prevenir que se establezca, en cualquier Estado miembro, una jurisprudencia nacional que no concuerde con las reglas del Derecho comunitario». Véase, al respecto, P. PESCATORE, «Las cuestiones prejudiciales. Artículo 177 del Tratado CEE», en G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y J. D. LIÑÁN NOGUERAS, *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, pgg. 527 y 531.

¹¹ Véase T. KOOPMANS, «La procédure préjudicielle-victime de son succès?», en F. CAPORTI y otros (compiladores), *Liber Amicorum Pescatore*, Nomos, Baden-Baden, 1987, pg. 347.

¹² 255 en 1999, 224 en 2001, 237 en 2001, 216 en 2002, 210 en 2003 (datos tomados de www.curia.eu.int y de los Informes Anuales del Tribunal de Justicia).

No se puede negar que son numerosas para la capacidad de trabajo del Tribunal, al menos hasta la última ampliación. Se trata, no obstante, de un porcentaje muy reducido de las que debería recibir. Recordemos, en primer lugar, los datos desalentadores de algunos Estados miembros, en los que el grado de penetración del Derecho comunitario sigue siendo casi anecdótico. Por ejemplo, no hubo más que 8 remisiones en 2003 y 3 en 2002 procedentes de España. Desde la adhesión de España en 1986, el Tribunal Supremo no ha efectuado más que una decena de remisiones prejudiciales (menos de una al año). En 2003 sólo hubo una portuguesa, tres danesas, dos irlandesas, etc.¹³, y en general no son los órganos jurisdiccionales de última instancia los que plantean el mayor número de cuestiones.

Parece, pues, que deberíamos interesarnos más por las estadísticas que no existen pero que podemos imaginar: la relación entre el número de cuestiones que habrían debido plantearse y las efectivamente planteadas. Ahora bien, cuando sabemos que desde la sentencia *CILFIT* el Tribunal de Justicia interpreta el artículo 234, párrafo tercero, del Tratado en el sentido de que todo órgano jurisdiccional nacional de última instancia está obligado, siempre que se le plantee una cuestión de Derecho comunitario, a suspender el procedimiento y plantear una cuestión prejudicial, a menos que haya constatado que la misma no es pertinente, que la disposición comunitaria en cuestión ya ha sido objeto de interpretación por parte del Tribunal o que la aplicación correcta del Derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a ninguna duda razonable¹⁴; cuando sabemos, además, que los órganos jurisdiccionales nacionales de cualquier instancia están obligados a remitir al Tribunal las cuestiones de validez relativas a los actos de las instituciones comunitarias¹⁵, parece evidente que el sistema no funciona demasiado bien. Si se respetara la jurisprudencia *CILFIT*, el Tribunal debería recibir de los jueces de última instancia muchas más cuestiones prejudiciales, cuestiones que, indudablemente, el Tribunal tendría problemas para resolver, incluso en plazos muy amplios, con los medios de que dispone.

Esta reflexión muestra que es bastante probable que el Tribunal acabe por pronunciarse sobre la punta del iceberg de las cuestiones prejudiciales que deberían plantearse y, en definitiva, sobre una parte muy reducida de la aplicación potencial del Derecho comunitario¹⁶. No hace falta que el Tribu-

¹³ Datos tomados del Informe Anual del Tribunal de 2003.

¹⁴ Sentencia de 6 de octubre de 1982, *CILFIT*, 283/81, Rec. 1982, pg. 3415, fallo; el Tribunal añade que la existencia de tal eventualidad debe evaluarse en función de las características propias del Derecho comunitario, de las dificultades particulares que presenta su interpretación y del riesgo relativo a las divergencias de la jurisprudencia en el interior de la Comunidad. Véase el comentario de K. LENAERTS, *Cahiers de droit européen*, 1983, pg. 471.

¹⁵ Sentencia de 22 de octubre de 1987, *Foto-Frost*, 241/85, Rec. 1987, pg. 4225, fallo.

¹⁶ Véase, en este sentido, el artículo del juez TIMMERMANS «The European Union's Judicial System», *Common Market Law Review*, 2004, pgs. 393 y 399: «The situation is certainly not perfect. Too little is known of cases where Community law has not been applied

nal se pronuncie en todos los asuntos en los que debe aplicarse el Derecho comunitario para que desempeñe correctamente su función, evidentemente, pero al menos debería pronunciarse en aquellos en los que su intervención es indispensable para mantener la uniformidad en la interpretación del Derecho comunitario y evitar que se consoliden jurisprudencias divergentes en los Estados miembros. Ahora bien, como los límites de este ámbito mínimo de intervención se establecen en el párrafo tercero del artículo 234 del Tratado¹⁷ tal y como ha sido interpretado por la sentencia *CILFIT*, en la medida en que incluso una lectura muy laxa de dicha sentencia no se respeta –de manera más o menos importante según el Estado miembro de que se trate–, la uniformidad queda comprometida.

Se trata de un problema importante, con consecuencias jurídicas (entre otras, para el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva), sociales y económicas considerables. En efecto, habría que calcular los costes de todo tipo, que deben de ser elevados, de esta «no-Europa judicial». Y ello podría ser aún más grave en los nuevos Estados miembros, en los que tendrá que transcurrir bastante tiempo para que el Derecho comunitario penetre en las esferas jurídica y social. Hay, por tanto, una brecha entre la práctica y el deber ser marcado por *CILFIT*, una sentencia que no se respeta, que se sabe que no se respeta, pero que se defiende con vigor y con razón¹⁸. En efecto, la propuesta de abandonar la jurisprudencia *CILFIT* para adaptar el Derecho a una realidad que la ignora¹⁹ no parece una solución aceptable, dado que los principios que sienta son correctos si se parte de los postulados de la Comunidad de Derecho y si se quiere garantizar un mínimo de eficacia y uniformidad del Derecho comunitario. El problema real está en otra parte.

El incumplimiento bastante habitual del artículo 234, párrafo tercero, del Tratado tal y como ha sido interpretado a partir de *CILFIT* no es más que un aspecto del problema de la penetración insuficiente del Derecho comunitario en las culturas jurídicas de diversos Estados miembros; un Derecho que, a la luz del grado y los ámbitos cada vez más extensos de actividad del legislador comunitario, regula cuestiones económicas y sociales de gran importancia. Esta penetración insuficiente se manifiesta en diversos fenómenos.

Existe, en primer lugar, la simple ignorancia cuando debería aplicarse, que se manifiesta de forma particularmente grave en la violación de la obligación de remisión que establece el artículo 234, párrafo tercero, del Tratado,

where it should have been applied. Preliminary questions have not been raised where they should have been raised».

¹⁷ El párrafo segundo de dicha disposición establece su área de intervención no obligatoria, que se deja al arbitrio del juez nacional que no sea de última instancia –salvo en el caso de cuestiones de validez de un acto de Derecho comunitario–.

¹⁸ Véanse las Conclusiones del Abogado General Tizzano en el asunto *Lyckeskog*, C-99/99, Rec. 2002, pg. I-4839.

¹⁹ Véase H. RASMUSSEN, «Remedying the Crumbling EC Judicial System», *Common Market Law Review*, 2000, pg. 1071, pgs. 1107-1110.

violación que puede comportar la de otras disposiciones sustantivas de Derecho comunitario²⁰.

En segundo lugar, su aplicación inconsciente o casi «en la clandestinidad», como es el caso de muchas directivas, a veces muy importantes, que se encuentran en vigor desde hace años y que nunca o casi nunca han sido objeto de interpretación por parte del Tribunal de Justicia. En efecto, una vez transformadas en Derecho nacional, la mayoría de los jueces interpretan y aplican la Ley de incorporación sin tener en cuenta su origen comunitario²¹. En estos casos, el juez nacional es un poco como aquel personaje de Molière que al hablar «hacía» prosa sin darse cuenta y recibió la noticia, con gran sorpresa, de su maestro de filosofía: el juez nacional «hace» Derecho comunitario sin darse cuenta, pero con frecuencia no habrá «maestro de filosofía» que se lo revele. Además, esta habilidad inconsciente puede ir muy bien para la prosa pero no es funcional para el Derecho: actuando así el juez nacional pone en peligro la naturaleza misma del Derecho comunitario y el objetivo principal de casi todas esas directivas.

Se pueden evocar, por último, los asuntos de mala aplicación consciente y

²⁰ Los asuntos deben de ser numerosos en los ordenamientos de todos los Estados miembros, aunque por su naturaleza no son fáciles de localizar. Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo español de 1 de febrero de 1999 (RJ 1999, 2127), que opta por no plantear una cuestión prejudicial contra la opinión de dos de los magistrados y resuelve el asunto en un sentido contrario al que seguiría el Tribunal de Justicia unos meses más tarde en la sentencia de 16 de septiembre de 1999, *World Wildlife Fund*, C-435/97, Rec. 1999, pg. I-5613; para otros ejemplos en el ordenamiento español, véanse R. ALONSO GARCÍA, *El juez español y el Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pgs. 244-252; D. SARMIENTO, *Poder judicial e integración europea*, Civitas, Madrid, 2004); sentencia de 15 de abril de 2003 del Tribunal Administrativo de Luxemburgo (no publicada, asunto núm. 16287, que resuelve sin remisión prejudicial una cuestión relativa a la exigencia de la nacionalidad luxemburguesa para acceder a la profesión de médico-jefe de división en el *Laboratoire National de Santé*, deduciendo la respuesta *a contrario*, de forma poco rigurosa, de una sentencia del Tribunal de Justicia); sentencia de la *House of Lords* británica de 25 de octubre de 2001, *Director General of Fair Trading v. First National Bank* (2001) UKHL 52 (no planteamiento de una cuestión prejudicial en un asunto no totalmente «claro»; en su comentario en la *Common Market Law Review*, 2003, pgs. 983 y 984, P. NEBBIA afirma que esta decisión refleja el principio «in case of doubt, decide yourself»); sentencia del Consejo de Estado francés de 3 de diciembre de 2001 en el asunto *SNIP* (no planteamiento de cuestión prejudicial y solución contraria al Derecho comunitario; véase el comentario de A. RIGAUX y D. SIMON, «Summus ius, summa injuria... À propos de L'arrêt du Conseil d'État du 3 décembre 2001 SNIP», *Europe*, abril 2002, pg. 3).

²¹ Por ejemplo, el Tribunal no se ha pronunciado más que en una ocasión (sentencia de 29 de junio de 1999, *Butterfly Music*, C-60/98, Rec. 1999, pg. I-3939) y sobre una única disposición de la Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización de la duración de la protección del derecho de autor y de ciertos derechos afines (DO L 290, pg. 9), y muchas cuestiones de interpretación permanecen abiertas; nunca se ha pronunciado sobre la Directiva 87/344/CEE del Consejo, de 22 de junio de 1987, relativa a la coordinación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica (DO L 185, pg. 77); ni sobre la Directiva 87/217/CEE del Consejo, de 19 de marzo de 1987, relativa a la prevención y reducción de la contaminación del medio ambiente debida al amianto (DO L 85, pg. 40).

más o menos rebelde que se separa de los Tratados, del Derecho derivado o de la jurisprudencia del Tribunal. Ejemplos no faltan, aunque son menos numerosos que los debidos a la simple ignorancia inconsciente –sin «malas intenciones»– del Derecho comunitario²².

3. PROBLEMAS COMUNITARIOS DEL PROCEDIMIENTO PREJUDICIAL: LA JURISPRUDENCIA «POBRE» Y LA AUSENCIA DE SANCIÓN

Más allá de la actitud de los jueces nacionales y del incumplimiento más o menos frecuente de *CILFIT*, el procedimiento prejudicial tiene otros problemas de origen comunitario, entre los que destacaré la jurisprudencia «pobre» y la ausencia de sanción del sistema²³.

²² Véase, por ejemplo, una sentencia de 1995 del *Finanzgericht* de Renania-Palatinado, que declaró un acto comunitario inaplicable, debido a que excedía el ámbito competencial de la Comunidad, en aplicación de la doctrina *ultra vires* de la sentencia *Maastricht*, de 12 de octubre de 1993, del *Bundesverfassungsgericht* (FG Rheinland-Pfalz EFG 1995, 378; BVerfGE 89, 155, que se reserva la posibilidad de declarar un acto de Derecho comunitario inaplicable en Alemania si excede las competencias de la Comunidad tal y como han sido definidas por el propio *Bundesverfassungsgericht*; para un análisis y otros ejemplos, véase F. MAVER, «The European Constitution and the Courts», *Jean Monnet Working Paper 9/03*); sentencia de la *High Court of England and Wales* de diciembre de 2002 (*Arsenal v. Reed* [n. 2] [2003] 1 *Common Market Law Reports*, 13), que se niega a aplicar la sentencia *Arsenal* del Tribunal de Justicia (sentencia de 12 de noviembre de 2002, C-206/01, Rec. 2002, pg. I-10273), considerando que el Tribunal había excedido sus competencias en el marco del procedimiento prejudicial (posteriormente la *Court of Appeal* anuló esta sentencia rebelde, *Common Market Law Reports*, 2003, 25; véase el artículo de J. SNELL, «European Courts and Intellectual Property», *European Law Review*, 2004, pg. 178); diversas sentencias de 1995 de la *Corte di Cassazione* italiana «resistiéndose» a la jurisprudencia *Francoovich* (por ejemplo, la sentencia de 11 de octubre de 1995, núm. 10617, *Il Foro Italiano*, 1996, I, 503; véase L. Malferrari, «State Liability for Violation of EC Law in Italy», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1999, pg. 809).

²³ Dejo de lado tres problemas de importancia menor para el presente artículo. En primer lugar, el relativo al aumento sensible de las resoluciones de inadmisión de cuestiones prejudiciales (véanse, por ejemplo, las sentencias de 21 de enero de 2003, *Bacardi-Martini*, C-318/00, Rec. 2003, pg. I-905; y de 10 de diciembre de 2002, *Der Weduwe*, C-153/00, Rec. 2002, pg. I-11319). El formalismo creciente ante las cuestiones de admisibilidad, en especial por lo que se refiere a las cuestiones consideradas «hipotéticas» y a las remisiones que carecen de una descripción «suficiente» del marco fáctico y jurídico, no me parece indicado en un momento en el que el espacio judicial comunitario aumenta con las jurisdicciones de diez nuevos Estados miembros, las cuales se encuentran en la misma situación que las jurisdicciones de los Estados fundadores hace cuarenta años. Además, las cuestiones de admisibilidad podrían utilizarse con la intención de efectuar un filtro de las remisiones prejudiciales. Con *BARAV*, considero que la posibilidad de solicitar aclaraciones a los órganos jurisdiccionales nacionales debería hacer que los autos de inadmisión fueran muy poco frecuentes (A. BARAV, «Transmutations Préjudicielles», en N. COLNERIC y otros [compiladores], *Une Communauté de droit: Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, BWV, Berlín, 2003, pg. 621). Segundo problema: el uso de los nuevos instrumentos de procedimiento y de las cartas informales enviadas por el secretario del Tribunal de Justicia, comunicando una sentencia al órgano jurisdiccional de remisión y preguntándole si a la luz de la misma retira la cuestión prejudicial. Estos trámites suelen

Entiendo por jurisprudencia «pobre» aquella que presenta un peso normativo reducido, a veces muy reducido. El peso normativo de las sentencias prejudiciales sólo depende del propio Tribunal de Justicia, que puede reformular las cuestiones que le son planteadas y modular casi sin límites la intensidad normativa de sus decisiones gracias a la distinción –bastante artificial y ontológicamente dudosa– entre interpretación y aplicación del Derecho que supuestamente está en la base del artículo 234 del Tratado. Esta jurisprudencia «pobre» la veo en las sentencias en las que la respuesta es muy vaga, dejándose un gran margen al órgano jurisdiccional nacional, mediante, por ejemplo, un simple reenvío al principio de proporcionalidad, sin demasiadas indicaciones sobre la forma de aplicarlo y el inciso final: «corresponde al órgano jurisdiccional nacional examinar...», etc.²⁴.

utilizarse con prudencia y mesura, pero pueden surgir errores: la jurisdicción nacional comprende de forma equivocada la sentencia enviada por el Tribunal, o la sentencia no resuelve claramente la cuestión pero se opta por retirarla, etc. Tercer problema: las restricciones del procedimiento prejudicial en los marcos de la cooperación policial y judicial en materia penal y del título IV del Tratado (visados, asilo e inmigración), en los que los jueces de primera instancia que no pueden plantear cuestiones prejudiciales son los que deciden la mayor parte de los casos y en los que en la práctica no suele haber recursos (véase, por ejemplo, el auto de inadmisión de 28 de marzo de 2004, C-45/03, *Oxana Dem'Yanenko*, y mi comentario en la *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004, en prensa). Si llega a entrar en vigor, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa abolirá las restricciones en estos dos ámbitos: cualquier juez de cualquier instancia podrá plantear la cuestión prejudicial.

²⁴ Véanse, por ejemplo, las sentencias de 1 de abril de 2004, *Freiburger Kommunalbauten*, C-237/02 (aún no publicada en la Recopilación), en la que el fallo se limita a «declarar» que «[c]orresponde al juez nacional determinar si una cláusula como la controvertida en el litigio principal debe calificarse de abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores», texto muy parecido al de la cuestión planteada, y el razonamiento, contenido en seis puntos de un laconismo extremo, no ofrece mayores indicaciones sobre la interpretación correcta de la Directiva; de 23 de marzo de 2004, *Collins*, C-138/02 (aún no publicada en la Recopilación), en la que el fallo deja demasiado margen al juez nacional, que puede decidir en un sentido o en otro: «El derecho a la igualdad de trato previsto en el artículo 48, apartado 2, del Tratado CE (actualmente artículo 39 CE, apartado 2, tras su modificación), en relación con los artículos 6 y 8 del Tratado CE (actualmente artículos 12 CE y 17 CE, tras su modificación), no se opone a una normativa nacional que supedita la concesión de un subsidio para demandantes de empleo a un requisito de residencia, siempre que este requisito se justifique sobre la base de consideraciones objetivas, independientes de la nacionalidad de las personas interesadas y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional»; de 19 de mayo de 1993, *Corbeau*, C-320/91, Rec. 1993, pg. I-2533, fallo: «El artículo 90 del Tratado CEE se opone a que una normativa de un Estado miembro, que confiere a una entidad como la Régie des postes el derecho exclusivo de recoger, transportar y distribuir el correo, prohíba, so pena de sanciones penales, a un operador económico establecido en dicho Estado prestar determinados servicios específicos, dissociables del servicio de interés general, que responden a necesidades específicas de los operadores económicos y que exigen determinadas prestaciones adicionales que no ofrece el servicio postal tradicional, en la medida en que dichos servicios no pongan en peligro el equilibrio económico del servicio de interés económico general del que se hace cargo el titular del derecho exclusivo. Corresponde al órgano jurisdiccional remi-

La jurisprudencia «pobre» tiene algunas ventajas (espurias): requiere un menor esfuerzo y absorbe menos «recursos humanos»; al basarse en fórmulas ya existentes su traducción a las lenguas oficiales de la Unión Europea es más sencilla y menos costosa; a menudo podrá resolverse mediante auto, sin conclusiones del Abogado General; al ser vaga y abierta, es más fácil estar de acuerdo con ella, de modo que su aceptación por las jurisdicciones nacionales será pacífica. Pero sobre todo presenta inconvenientes (muy reales): al cabo de un procedimiento prejudicial que ha durado más de dos años, el asunto principal no está mucho más cerca de la solución que en el momento en que llegó al Tribunal de Justicia; el órgano jurisdiccional nacional puede resolver en un sentido o en el contrario con la sentencia prejudicial en la mano; el justiciable se encuentra en la misma situación de incertidumbre que dos años antes del planteamiento de la cuestión; se reduce y casi se desvanece el valor añadido de la intervención del Tribunal de Justicia; la seguridad jurídica y la uniformidad sufren, dado que los órganos jurisdiccionales de los distintos Estados miembros podrán interpretar y aplicar dicha jurisprudencia en sentidos muy diferentes; disposiciones precisas de Derecho comunitario que tienen efecto directo pueden diluirse en interpretaciones excesivamente generales que se traducen en soluciones divergentes; es probable que la próxima vez que el órgano jurisdiccional nacional que recibe una sentencia así tenga un problema de Derecho comunitario decida por sí mismo, sin dirigirse al Tribunal de Justicia.

En mi opinión, esta jurisprudencia «pobre», en la que algunos no dejarán de ver una «autolimitación» del Tribunal de Justicia y que por el momento no representa más que una parte reducida de la Recopilación, se debe a una concepción cuestionable de la función jurisdiccional. Si quiere ser útil, la jurisprudencia debe construirse como una red de precedentes, como una especie de lienzo. La jurisprudencia no sólo la hacen los grandes principios y las reglas fundamentales de interpretación²⁵, ni la repetición de fórmulas manidas o la invocación de esa especie de comodín del Derecho comunitario en que se ha convertido el principio de proporcionalidad. La hacen, sobre todo, las pequeñas sentencias que resuelven problemas concretos, que trazan líneas y definen un plano normativo a una escala más detallada que la legislación. Crear una jurisprudencia de estas características, que garantiza la uniformidad, la eficacia y la seguridad jurídica, es lo propio, en definitiva, del oficio de los jueces. Si constituyera la regla, la jurisprudencia «po-

tente examinar si los servicios controvertidos en el litigio que le ha sido sometido responden a estos criterios».

²⁵ Véanse, sin embargo, en las antípodas de la perspectiva expuesta aquí, las Conclusiones del Abogado General JACOBS en el asunto *Wiener*, C-338/95, Rec. 1997, pg. I-6495, punto 21 (según las cuales el Tribunal hace prueba de «autolimitación» en «algunas áreas del Derecho comunitario» en las que «se han expuesto suficientemente los principios o normas de interpretación esenciales para permitir a los órganos jurisdiccionales nacionales resolver los asuntos por sí mismos», limitándose en estos ámbitos a «[evocar] los principios y normas de interpretación desarrollados en la jurisprudencia anterior»; véase, asimismo, F. JACOBS, «References to the Court of Justice—The Way Forward?», en N. COLNERIC y otros (compiladores), obra citada, pg. 637.

bre» acabaría convirtiendo el procedimiento prejudicial en un bonito objeto decorativo que ya no se utiliza, una vieja lámpara de aceite que admiramos por su belleza, pero que ya no usamos para iluminar.

Segundo problema de origen comunitario: el sistema presenta una laguna fundamental, pues carece de sanción. Como los particulares no pueden plantear recurso alguno frente a las resoluciones de las últimas instancias nacionales y la Comisión no suele recurrir al Tribunal de Justicia por incumplimiento –con arreglo al artículo 226 del Tratado– cuando se trata de la actividad de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros²⁶, el respeto de la obligación derivada del artículo 234, párrafo tercero, del Tratado se deja al arbitrio y buena voluntad de los jueces nacionales de última instancia²⁷. De este modo la obligación de remisión se relativiza y casi deja de ser tal, como toda obligación carente de sanción. En realidad, los órganos jurisdiccionales nacionales efectúan ya un «filtro» descentralizado, informal y con frecuencia *contra legem* –cuando desconocen la jurisprudencia *CILFIT*– de las cuestiones prejudiciales, pero esta especie de «subsidiariedad» en la elección de las cuestiones a plantear es disfuncional y no satisface los objetivos del artículo 234 del Tratado. Si debiera instaurarse un filtro de las cuestiones prejudiciales, no cabe duda de que su objetivo podría «lograrse mejor» –por retomar la expresión del artículo 5 del Tratado– «a nivel comunitario».

La afirmación de ausencia de sanción del sistema puede sorprender cuando la tinta de *Köbler* aún está fresca. En esta sentencia, el Tribunal ha establecido que «[e]l principio según el cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables también se aplica cuando la violación de que se trate se derive de una resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia, si la norma de Derecho comunitario vulnerada tiene por objeto conferir derechos a los particulares, si la violación está suficientemente caracterizada y si existe una relación de causalidad directa entre dicha violación y el daño sufrido por las personas perjudicadas»²⁸. Podría por tanto considerarse que la sanción que faltaba ya existe.

²⁶ La Comisión puede iniciar un procedimiento por incumplimiento frente a un Estado miembro en el que un juez ha violado el párrafo tercero del artículo 234 del Tratado, pero siempre ha evitado recurrir a esta opción a fin de salvaguardar el espíritu de cooperación entre los jueces nacionales y el Tribunal de Justicia. Además, la Comisión ha declarado que no lo utilizaría más que «si la no-aplicación del artículo [234] resultara de un desconocimiento manifiesto o de una actitud deliberada» (respuesta de la Comisión a una cuestión escrita del Sr. Tyrell, DO 1983, C 268, pg. 25). Véanse asimismo las Conclusiones del Abogado General Warner en el asunto *Bouchereau*, sentencia de 27 de octubre de 1977, 30/77, Rec. 1977, pgs. 1999 y 2021: «En lo que respecta al ámbito judicial, el artículo [226] no podría aplicarse más que en el caso en el que un tribunal de un Estado miembro ignorara o vulnerara de forma deliberada las disposiciones del Derecho comunitario».

²⁷ Véase G. F. MANCINI y D. T. KEELING, «From *CILFIT* to *ERT*: The Constitutional Challenge Facing the European Court», *Yearbook of European Law*, 1991, pg. 1: «The outstanding feature of the procedure established by Article 177 of the EEC Treaty is that it is entirely dependent on the goodwill of national courts».

²⁸ Sentencia de 30 de septiembre de 2003, *Köbler*, C-224/01, Rec. pg. I-10239, fallo.

Otro pronunciamiento que también puede verse como un cierre del sistema en la línea de *Köbler* es la sentencia *Comisión/Italia*, de 9 de diciembre de 2003, en la que el Tribunal de Justicia –tras una simple cita de una sentencia que se refería al legislador de un Estado miembro y no a su poder judicial– declaró que Italia había incumplido las obligaciones derivadas del Tratado al no haber modificado una disposición legislativa «que [era] interpretad[a] y aplicad[a] por la Administración y una parte significativa de los órganos jurisdiccionales, incluida la Corte suprema di cassazione (Italia), de un modo» contrario al Derecho comunitario²⁹. De esta forma, parece que el artículo 226 del Tratado también puede ponerse al servicio del control de las jurisprudencias nacionales relativas al Derecho comunitario. Podría pensarse que *Köbler* y *Comisión/Italia* completan el sistema.

En mi opinión, sin embargo, estas sentencias son más un panóptico de los problemas de la justicia comunitaria que su solución³⁰.

Ambas revelan, en primer lugar, una actitud ambivalente ante los jueces nacionales y las limitaciones del marco en el que aún se entienden las relaciones entre juez comunitario y juez nacional. En efecto, *Comisión/Italia* desconoce la separación de poderes allí donde su respeto reviste mayor importancia –la separación entre los poderes políticos y el poder judicial–, permitiendo que un poder político como la Comisión interponga un recurso frente a la jurisprudencia consolidada de los jueces de un Estado miembro de la misma forma que puede hacerlo frente al legislador o al ejecutivo. De forma parecida, *Köbler* ve el Estado como una unidad indisoluble, sin distinguir entre los poderes políticos y el judicial, y prestando poca atención a la posición especial de este último en el ámbito comunitario³¹.

Puede ser, con todo, que el asunto *Comisión/Italia* fuera *sui generis*, en la medida en que la Comisión discutía la validez de una disposición debida al legislador italiano tal y como era interpretada y aplicada por la administración y por una parte significativa de los jueces italianos. Tal vez la Comisión no se habría dirigido al Tribunal de Justicia si se hubiera tratado únicamente de cuestionar la jurisprudencia de la *Corte di Cassazione*. En cualquier caso, seguramente la Comisión seguirá mostrándose cautelosa a la hora de recurrir al artículo 226 del Tratado cuando la violación del Derecho comunitario se deba exclusivamente a las jurisprudencias nacionales³², como sucede en los casos de violación de la obligación de plantear la cuestión prejudicial.

En cuanto a la visión monolítica del Estado en *Köbler*, puede recordarse que tradicionalmente el juez nacional ha sido para el Derecho comunitario

²⁹ Sentencia de 9 de diciembre de 2003, *Comisión/Italia*, C-129/00 (todavía no publicada en la Recopilación), fallo.

³⁰ Véase, en un sentido similar pero desde una perspectiva diferente, P. J. WATTEL, «*Köbler*, *CILFIT* y *Welthgrove*. We Can't Go on Meeting Like This», *Common Market Law Review*, 2004, pg. 177.

³¹ Sentencia *Köbler*, antes citada, apartado 32, y Conclusiones del Abogado General Léger, puntos 44 a 51.

³² Véase la nota 27.

bastante más que parte de un Estado miembro. El ordenamiento comunitario le exige demasiado como para considerarle simplemente un órgano más de un Estado³³. Este enfoque desconoce la especificidad de la función comunitaria del juez nacional y el desdoblamiento funcional del mismo³⁴. No era en absoluto indispensable, además, negar dicho desdoblamiento para establecer el principio de responsabilidad del Estado³⁵. En suma, considero que tanto *Köbler* como *Comisión/Italia* habrían podido partir de una concepción más compleja y realista de las relaciones entre sistemas jurídicos e instituciones y de la función comunitaria del juez nacional.

En segundo lugar, el principio de responsabilidad del Estado por actos judiciales consagrado en *Köbler*, que comparto en lo esencial, no está exento de problemas, pues en la práctica introduce una pseudo-casación europea. Recordemos que en el supuesto concreto, aun reconociendo el principio de responsabilidad de los Estados miembros en caso de violación del Derecho comunitario por los jueces de última instancia, el Tribunal de Justicia no accedió a la pretensión de reparación del Sr. Köbler³⁶. No obstante, como la primera condición de la responsabilidad es la existencia de una violación suficientemente caracterizada de una norma comunitaria que confiere un

³³ Véase la sentencia de 25 de julio de 2002, *Unión de Pequeños Agricultores/Consejo*, C-50/00 P, Rec. 2000, pg. I-6677, apartado 42, en el que el Tribunal de Justicia hace reposar en los jueces nacionales buena parte del peso de la «tutela judicial comunitaria», según su interpretación del sistema establecido por el Tratado: «los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados, en toda la medida de lo posible, a interpretar y aplicar las normas procesales internas que regulan la interposición de los recursos de modo que las personas físicas y jurídicas puedan impugnar judicialmente la legalidad de cualquier resolución o de cualquier otra medida nacional por la que se les aplique un acto comunitario de alcance general, invocando la invalidez de dicho acto».

³⁴ Véanse las conclusiones del Abogado General Léger en *Köbler*, punto 66: «se califica de buen grado al juez nacional, según una expresión corrientemente utilizada, de “juez comunitario de Derecho común”. Esta expresión no debe entenderse de modo literal, sino de modo simbólico. En efecto, cuando el juez nacional conoce de un asunto de Derecho comunitario, lo hace en su calidad de órgano de un Estado miembro, y no como órgano comunitario, en virtud de una operación de desdoblamiento funcional» («et non en tant qu'organe communautaire, à la suite d'une opération de dédoublement fonctionnel»).

³⁵ Véase, en este sentido, M. y D. WAELBROECK, en su comentario al artículo 234 del Tratado (*Commentaire Mégret*, vol. 10, 2ª ed., Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 1993, pg. 237). Dichos autores no comparten la opinión de que el desdoblamiento funcional del juez nacional excluiría la responsabilidad de un Estado miembro en los casos en que actúe como juez comunitario (opinión formulada por J. MERTENS DE WILMARS e I. VEROUSTRATE, «Proceedings Against Member States for Failure to Fulfil their Obligations», *Common Market Law Review*, 1970, pg. 385, pgs. 389-390). El desdoblamiento funcional y la división de la función jurisdiccional entre el Tribunal de Justicia y el juez nacional podrían, en algunos casos –de aquellos en los que se reúnan las condiciones de la responsabilidad–, justificar la declaración de una responsabilidad compartida entre la Comunidad y un Estado miembro.

³⁶ Por ello, la sentencia *Köbler* ha sido descrita como un «coitus interruptus jurisdiccional» (D. SIMON, «La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire par une juridiction suprême», *Europe*, noviembre de 2003, pgs. 3 y 6).

derecho a los particulares, el Tribunal de Justicia controló, en primer lugar y como si se tratara de un recurso de casación, la aplicación que el juez nacional había hecho de tal norma. Y aunque el Tribunal no reconoció el derecho a obtener reparación, porque la violación no había sido suficientemente caracterizada, la sentencia estableció que el juez austriaco de última instancia se había equivocado en su interpretación del Derecho comunitario, y es evidente que dicha jurisprudencia austriaca ha perdido su validez desde la fecha de la sentencia del Tribunal de Justicia. La administración austriaca deberá pues pagar al Sr. Köbler la cantidad que se le deberá a partir de la fecha de la sentencia del Tribunal, aunque no habrá de reembolsarle la cantidad reclamada por el período anterior a dicha fecha.

De este modo, la responsabilidad del Estado por actos judiciales acabará funcionando también, de hecho, como cauce indirecto para una casación disfrazada y *per saltum*. Podría pensarse que la vía de la responsabilidad abierta por la sentencia *Köbler* únicamente tendría dicha dimensión casacional si el Tribunal no se limita a la declaración negativa de la ausencia de una «violación suficientemente caracterizada» del Derecho comunitario. En este último caso, la sentencia nacional podría ser contraria a Derecho comunitario sin llegar a constituir una «violación suficientemente caracterizada», pero el Tribunal no nos lo aclararía³⁷. Considero, no obstante, que la dimensión casacional estará presente casi siempre: para determinar si ha habido o no violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario el Tribunal de Justicia ha de establecer de antemano cuál es la interpretación correcta de dicho Derecho.

Esta posibilidad ha existido *de forma indirecta* desde los albores del ordenamiento comunitario, pues cualquier juez inferior de cualquier Estado miembro puede plantear una cuestión prejudicial para poner en tela de juicio la jurisprudencia sentada *en otro asunto* por el juez superior. Pero *Köbler* extiende esta posibilidad: el juez inferior de un Estado miembro que conoce de un recurso de responsabilidad de este tipo puede poner en cuestión la jurisprudencia sentada por un tribunal superior en el ámbito de un litigio relativo a los mismos hechos. Y lo hace dando la vuelta a la estructura judicial de los Estados miembros³⁸, con la curiosa posibilidad de que la acción

³⁷ Esta limitación potencial fue evocada por el Tribunal de Primera Instancia en su sentencia de 3 de mayo de 2002, *Jégo-Quéré/Comisión*, T-177/01, Rec. 2002, pg. II-2365, apartado 46: en el contexto de un recurso de responsabilidad «el control ejercido por el juez comunitario no se extiende a todos los elementos que pueden afectar a la legalidad de dicha medida, sino que se limita a sancionar las violaciones suficientemente caracterizadas de normas jurídicas que tienen por objeto conferir derechos a los particulares».

³⁸ El potencial «subversivo» de la jurisprudencia *Köbler* puede comprobarse leyendo la sentencia de 23 de enero de 2004 del Tribunal Supremo español (Sala de lo Civil, Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, 2004/1), que declara la responsabilidad extracontractual de todos los magistrados del Tribunal Constitucional por los daños sufridos por un particular cuyo recurso de amparo había sido declarado inadmisibile. Curiosamente, este verdadero monstruo jurídico cita *Köbler in extenso*, entendiéndolo de forma completamente errada, ciertamente, pero ello muestra la desestabilización que un mal uso de *Köbler* podría causar en los sistemas jurisdiccionales nacionales.

de responsabilidad acabe llegando en última instancia al mismo órgano jurisdiccional cuya sentencia dio origen a la responsabilidad.

En cualquier caso, es probable que la jurisprudencia *Köbler* sea poco utilizada en los ordenamientos de los Estados miembros³⁹, al igual que *Francovich* y *Brasserie du pêcheur*, por falta de conocimiento y también por la natural reticencia de los jueces nacionales a aplicarla contra la estructura jerárquica del poder judicial al que pertenecen. Si se utilizase, la jurisprudencia *Köbler* podría abrir una responsabilidad muy elevada de los Estados miembros, pues los casos de violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario –consciente, inconsciente o por mera omisión del planteamiento de una cuestión prejudicial– deben de ser muchos⁴⁰.

Más allá de todos estos problemas, parece evidente que *Köbler*, su complemento *Comisión/Italia* y su hermana intelectual y generacional *Unión de Pequeños Agricultores/Consejo* no completan el sistema⁴¹. Se trata de esfuerzos notables para remediar sus fallos que al mismo tiempo revelan sus límites. El problema esencial, sin duda, es la ausencia de un vínculo más sólido y claro entre el juez comunitario y los jueces nacionales. A pesar de su importancia, el procedimiento del artículo 234 del Tratado aparece como una fuente de tensiones, de incertidumbre y también de confusión por lo que respecta a la división de la responsabilidad de juzgar. La jurisprudencia *Köbler*, en concreto, puede servir todo lo más para remediar algunos errores judiciales puntuales y manifiestos, pero no para corregir los problemas básicos del sistema.

4. ¿HACIA UNA CASACIÓN EUROPEA?

«*Eppur si muove!*», objetarán algunos. «¡Qué pesimista!», dirán, «¡las cosas no están tan mal, el sistema funciona, en realidad nunca ha funcionado tan bien! ¡Mejor no tocarlo!».

Es cierto que el sistema funciona, pero lo hace de manera arbitraria, al azar, pues la existencia de una cuestión prejudicial es un fenómeno estocástico de probabilidad variable según el Estado miembro de que se trate y la intervención del Tribunal de Justicia para asegurar la eficacia y la uniformidad

³⁹ En la actualidad sólo hay un asunto del tipo *Köbler* pendiente ante el Tribunal de Justicia (C-173/03, *Fallimento Traghetti/Italia*, DO 2003 C 158, pg. 10, relativo a la responsabilidad extracontractual de un Estado miembro por violación de la obligación de plantear una cuestión prejudicial por un juez de última instancia).

⁴⁰ El Tribunal ha declarado en *Köbler*, apartados 53 y 55, que uno de los elementos que debe tenerse en cuenta para determinar si el juez nacional de última instancia ha violado de manera manifiesta el Derecho aplicable es la violación de la obligación de plantear una cuestión prejudicial con arreglo al artículo 234, párrafo tercero, del Tratado.

⁴¹ No quiero adentrarme aquí en la problemática específica de *Unión de Pequeños Agricultores/Consejo*, pero también en ella el Tribunal de Justicia trata de poner remedio a las debilidades del vínculo entre juez comunitario y jueces nacionales, obligando a estos últimos a interpretar el Derecho procesal interno para reforzar la efectividad del Derecho comunitario.

del Derecho comunitario sigue siendo esporádica y no sistemática⁴². El artículo 234 del Tratado, clave de bóveda del sistema, parece soportar demasiado peso sobre sus frágiles hombros. Es una especie de Atlas mutilado que necesita ayuda.

Una ayuda que no llega... Resulta curioso comprobar que, a pesar de todos sus problemas y limitaciones, incluso quienes han sentido la necesidad de una reforma de la justicia comunitaria siguen viendo la cuestión prejudicial como algo intocable y sagrado. Se piensa, tal vez, en introducir un filtro, en compartir los asuntos prejudiciales con el Tribunal de Primera Instancia, en codificar los criterios de admisibilidad, en sugerir o incluso obligar al juez nacional a formular con su auto de remisión una propuesta de respuesta que el Tribunal de Justicia podría suscribir sin más, con el fin de acelerar y mejorar la calidad de su diálogo los jueces nacionales⁴³; pero el procedimiento prejudicial debería seguir siendo el único mecanismo para garantizar la uniformidad y la eficacia del Derecho comunitario por lo que se refiere a su aplicación por los jueces nacionales. Este tipo de reformas menores pueden mejorar el funcionamiento del sistema, sin duda, pero no resolverían los problemas principales que se acaban de evocar: el no respeto de *CILFIT*, con la correspondiente merma de efectividad y uniformidad; la ausencia de sanción, con sus consecuencias negativas para la tutela judicial efectiva; y los riesgos de la jurisprudencia «pobre». La misma falta de imaginación ha caracterizado las discusiones de la Convención Europea y de la conferencia intergubernamental, que no han examinado en profundidad los problemas fundamentales de la justicia europea⁴⁴.

Si se quiere tomar en serio el Derecho comunitario, habría que pensar en una modificación profunda del sistema a fin de adaptarlo a las exigencias actuales y de asegurar que dicho Derecho se aplique correctamente cuando debe aplicarse. ¿Cuáles son las opciones?

Se ha propuesto, en primer lugar, la creación de tribunales descentralizados, comunitarios o nacionales especializados en Derecho comunitario⁴⁵.

⁴² J.-V. LOUIS se refiere a una «iniciativa descentralizada y *de facto* incontrolada de los órganos jurisdiccionales nacionales» («La Cour de Justice après Nice», en M. DONY y E. BRIBOSIA [compiladores], *L'avenir du système juridictionnel de l'Union Européenne*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 2002, pgs. 5 y 15).

⁴³ Véase L. Malferrari, *Zurückweisung von Vorabentscheidungsersuchen durch den EuGH*, Nomos, Baden-Baden, 2003, pgs. 229-250, 258-260, 275-278.

⁴⁴ Véanse los temas abordados en el informe final del Círculo de discusión sobre el funcionamiento del Tribunal de Justicia (CONV 636/03, de 25 de marzo de 2003). Véase, a este respecto, G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y J. BAQUERO CRUZ, «The Convention and the Court», en M. HOSKINS y W. ROBINSON (compiladores), *A True European: Essays for Judge Edward*, Hart, Oxford, 2003, pg. 69.

⁴⁵ Véase a este respecto J.-P. JACQUÉ y J. H. WEILER, «Sur la voie de l'Union Européenne, une nouvelle architecture judiciaire», *Revue trimestrielle de droit européen*, 1990, pg. 441; el documento de reflexión del Tribunal de Justicia de 1998, *El futuro del sistema jurisdiccional de la Unión Europea* (disponible en www.curia.eu.int/es/instit/txtdocs/autresxts/ave.pdf, pg. 37, que se refiere a la posibilidad de crear o designar, en cada Estado miembro, «órganos judiciales descentralizados encargados de tratar las cuestiones prejudiciales

Esta solución sería adecuada para un sistema federal de corte clásico, en el que los poderes, las responsabilidades y las esferas de Derecho se encuentran bien definidos. Pero en el federalismo *sui generis* de la Unión Europea esta última forma una amalgama prácticamente indisociable con sus Estados miembros, tanto a nivel normativo como a nivel institucional, de modo que no sería fácil distinguir de antemano las cuestiones de Derecho comunitario y atribuir las a órganos jurisdiccionales descentralizados. La estructura y la naturaleza misma del ordenamiento comunitario parecen oponerse a la creación de una estructura institucional más compleja para su aplicación. Además, el sistema no está lo suficientemente maduro para una evolución de este tipo. En la actualidad, con una integración jurídica bastante limitada y en muchos casos superficial, una descentralización de este tipo podría fragmentar aún más el espacio judicial comunitario⁴⁶.

También se han avanzado propuestas más modestas que persiguen mejorar el sistema con innovaciones procesales, sin crear nuevas instituciones: la apertura a los particulares de la posibilidad de interponer un recurso ante el Tribunal de Justicia fundado exclusivamente en una violación de la obligación de plantear la cuestión prejudicial establecida en el artículo 234, párrafo tercero, del Tratado⁴⁷; la consideración por los jueces constitucionales de los Estados miembros⁴⁸ o por el Tribunal Europeo de Derechos Hu-

procedentes de los órganos jurisdiccionales pertenecientes a sus respectivas esferas de competencia territorial»); el *Informe del grupo de reflexión sobre el futuro del sistema jurisdiccional de las Comunidades Europeas*, de enero de 2000, pgs. 20-21; G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «Consideraciones sobre la dimensión judicial de la Unión Europea en el umbral del Siglo XXI», en *La Unión Europea ante el Siglo XXI: Los retos de Niza*, BOE-Universidad de Cantabria-AEPDIRI, Madrid, 2003, pg. 423.

⁴⁶ Véase, también crítico respecto de estas propuestas, L. MALFERRARI, *Zurückweisung...*, antes citada, pgs. 257-258.

⁴⁷ Una modificación de estas características fue propuesta por el propio Tribunal de Justicia en 1975, en sus «Suggestions sur l'Union Européenne» (*Bulletin des Communautés européennes*, Supplément 9/75, pg. 18). El Tribunal señalaba soluciones alternativas, tales como «un procedimiento obligatorio de incumplimiento» o «un recurso de reparación contra el Estado en cuestión, a solicitud de la parte afectada». Un «recurso de casación ante el Tribunal de Justicia contra las resoluciones judiciales nacionales adoptadas en última instancia denegando el planteamiento de una cuestión prejudicial o desconociendo una resolución prejudicial adoptada por el Tribunal» había sido igualmente propuesto en el proyecto Spinelli (*Projet de traité instituant l'Union Européenne*, DO 1984, C 77, pg. 33; véase el comentario de F. CAPOTORTI, M. HILF, F. JACOBS y J.-P. JACQUÉ, *Le traité d'Union Européenne: commentaire du projet adopté par le Parlement européen le 14 février 1984*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 1985, pgs. 165 y 168, bastante escépticos ante esta proposición «totalmente extranjera a la concepción adoptada por los Tratados comunitarios», que «modifica profundamente la organización actual de las relaciones entre el Tribunal de Justicia [...] y los jueces de los Estados miembros».

⁴⁸ Como lo han hecho el *Bundesverfassungsgericht* alemán –resolución de 9 de enero de 2001, I BvR 1036/99, sentencias *Solange II*, de 1986 (BVerfGE 73, 339 [366-371]), y *Kloppenburg*, de 1987 (BVerfGE 75, 223 [233-245])–, el *Verfassungsgericht* austríaco (sentencia de 10 de diciembre de 2001, B 405/99) y el Tribunal Constitucional español (sentencia 58/2004, de 19 de abril de 2004, BOE núm. 120, de 18 de mayo de 2004, pg. 64, aunque se limita la protección a los casos en que se cuestiona la validez de una Ley nacional).

manos⁴⁹ de que la violación de la obligación de plantear la cuestión prejudicial vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; la posibilidad ofrecida a la Comisión, a los Estados miembros, al Consejo, a los Abogados Generales o a los Fiscales Generales ante los Tribunales Supremos de los Estados miembros de interponer un recurso en interés de la Ley ante el Tribunal de Justicia⁵⁰.

La primera opción es desaconsejable: se perdería demasiado tiempo en decidir una simple cuestión de procedimiento; si hubo violación de la obligación de plantear la cuestión prejudicial el asunto debería volver al Tribunal de Justicia; además, a menudo el Tribunal debería entrar en el fondo del asunto para decidir si ha habido o no violación del artículo 234 del Tratado y, en especial, para apreciar los criterios de la sentencia *CILFIT*. La segunda opción es aún menos indicada: no existe, de momento, más que en un número muy reducido de Estados miembros; en aquellos en los que existe, los criterios jurisprudenciales para constatar una violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el caso de una ausencia de remisión prejudicial son mucho menos estrictos que los de *CILFIT*; dicha solución trataría de corregir los defectos del sistema con soluciones exteriores y *ad hoc*; nada garantiza, en fin, que los propios jueces constitucionales respeten las obligaciones derivadas del artículo 234, párrafo tercero, del Tratado; en

⁴⁹ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos nunca se ha pronunciado sobre esta cuestión. En una resolución de 12 de mayo de 1993, la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos había declarado que «no puede excluirse de entrada que, en ciertas circunstancias, el rechazo opuesto por un órgano jurisdiccional nacional llamado a pronunciarse en última instancia pueda vulnerar el principio de equidad del procedimiento, tal y como se encuentra enunciado en el artículo 6, párrafo 1 del Convenio, en particular en tanto que un rechazo de este tipo aparece como arbitrario» (demanda núm. 20631/92, DIVAGSA/España, fundamento jurídico 1º).

⁵⁰ Véase P. J. G. KAPTEYN y P. VERLOREN VAN THEMAAT, *Introduction to the Law of the European Communities* (actualizado por L. W. GORMLEY), 3ª ed., Kluwer, Londres, 1998, pg. 524. Los Convenios de Bruselas y Roma permiten a los «Fiscales Generales de los Tribunales de Casación de los Estados contratantes o cualquier otra autoridad designada por un Estado contratante» «presentar al Tribunal de Justicia una solicitud de interpretación» si las sentencias dictadas por los jueces de dicho Estado se hallan en contradicción con la interpretación dada por el Tribunal de Justicia o por un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante; las interpretaciones que dé el Tribunal tras una solicitud de este tipo no tienen efecto alguno sobre las resoluciones en cuestión (artículo 4, apartado 3, del Protocolo referente a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de Bruselas, DO 1971, L 204, pg. 28; artículo 3, párrafo 3, del Primer protocolo referente a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de Roma de 1980, versión consolidada en DO 1998, C 27, pg. 47). La conversión del Convenio de Bruselas en Reglamento comunitario ha acabado con esta «especialidad», dado que desde entonces la competencia del Tribunal está definida en el artículo 68 del Tratado, excepto para Dinamarca —que no ha participado en la adopción del Reglamento— y los territorios excluidos del Reglamento en virtud del artículo 299 del Tratado [véanse los considerandos 21 y 22 y los artículos 1 y 68 del Reglamento núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 (DO 2001, L 12, pg. 1)]. La «especialidad» subsiste para el Convenio de Roma, a la espera de las propuestas de la Comisión para transformarlo igualmente en Reglamento comunitario (véase el Libro Verde de 14 de enero de 2003, COM [2002] 654 final).

cuanto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, éste sólo puede constatar *a posteriori*, y por lo general con gran retraso, las violaciones de derechos fundamentales, que pueden originar eventualmente un derecho de resarcimiento, pero no se encontraría en disposición de cambiar la actitud de los jueces nacionales con respecto a la obligación de plantear la cuestión prejudicial. Contra la tercera posibilidad pueden formularse las objeciones habituales a este tipo de recursos que no tienen incidencia alguna para los asuntos sobre los que versan ni para la posición jurídica de los particulares afectados. Además, a las instituciones u órganos encargados del control les resultaría difícil cumplir su función, que sería en todo caso mejor asegurada por los particulares. Como ha afirmado el Tribunal en la sentencia *Van Gend & Loos*, «la vigilancia de los particulares interesados en la salvaguarda de sus derechos comporta un control eficaz que se une al que los artículos [226 y 227 del Tratado] confían a la diligencia de la Comisión y de los Estados miembros»⁵¹.

Frente a todas estas opciones, la solución que me parece más lógica y sencilla, aquella que evitaría todas las debilidades del procedimiento prejudicial y garantizaría una protección judicial más amplia y coherente, consistiría en permitir a los particulares interponer directamente un recurso ante el Tribunal de Justicia frente a las resoluciones de los jueces nacionales de última instancia, recurso cuyos motivos deberían basarse exclusivamente en violaciones de disposiciones de Derecho comunitario⁵². Esta auténtica «casación europea» responde a la lógica profunda de la sentencia *Köbler*, pero sería más clara y transparente, y no perturbaría tanto las estructuras jurisdiccionales nacionales. El procedimiento prejudicial seguiría abierto a todos los jueces nacionales⁵³, tal vez sin obligación de remisión para los jueces de última

⁵¹ Sentencia de 15 de febrero de 1963, 26/62, Rec. 1963, pgs. 1 y 25.

⁵² Cualquier disposición de Derecho comunitario, y no sólo la violación de la obligación de plantear la cuestión prejudicial (artículo 234, párrafo tercero, del Tratado), en lo que la propuesta se diferencia de la que el Tribunal de Justicia realizara en 1975. Véase una propuesta parecida, aunque sólo en parte y basada en razones diferentes, en Ph. ALLOTT, «Preliminary Rulings—Another Infant Disease?», *European Law Review*, 2000, pgs. 538 y 545: «a system (Community review/révision communautaire) under which it would be for national courts, which are also Union courts, to apply Community law fully and finally, as a normal source of law of law alongside other sources of law, subject to a power in the Commission, a Member State, or an interested party, to seek a review by the Court of Justice of the application of Community law in particular legal proceedings, with the court exercising a power, analogous to the US Supreme Court *certiorari* procedure, to select only significant cases».

⁵³ Es probable, sin embargo, que se utilizara cada vez menos. La experiencia jurídica de los Estados Unidos muestra que el «*certiorari*» se prefiere al equivalente del procedimiento prejudicial («*certification of questions*»), utilizado muy raramente (véase HART y WECHSLER, *The Federal Courts and the Federal System*, 4ª ed., Foundation Press, Nueva York, 1996, pgs. 1674-1676). En dos Estados miembros que conocen un procedimiento prejudicial constitucional (Alemania y España), éste es también mucho menos utilizado que los recursos directos. En Italia no se ha previsto el acceso directo de los particulares a la *Corte Costituzionale* y sólo existe un procedimiento prejudicial para las cuestiones de constitucionalidad (*questione incidentale di legittimità costituzionale*). Desde este punto de vista la situación parece similar a la de la Unión, pero hay dos diferencias importantes. En primer

instancia, pues la existencia de un recurso de los particulares la haría innecesaria. La obligación de remisión por parte de todos los jueces nacionales de las cuestiones de validez de un acto comunitario se mantendría, pues la *ratio* de *Foto-Frost* no cambiaría. De esta forma se introduciría un auténtico cierre del sistema.

Además, la casación europea obligaría al Tribunal de Justicia a decidir, limitando su facultad de modular el peso normativo de la jurisprudencia y acabando con los riesgos de la jurisprudencia «pobre». Forzado a trazar líneas, el plano jurisprudencial creado por el Tribunal tendría mayor precisión y claridad, y la seguridad jurídica se vería reforzada. Además, las esferas respectivas de la responsabilidad de juzgar, actualmente diluidas entre el juez comunitario y el juez nacional, se encontrarían mejor definidas. Ante la posibilidad de ver su sentencia anulada por el Tribunal de Justicia, el juez nacional asumiría mejor y con mayor rigor la responsabilidad de aplicar correctamente el Derecho comunitario. La parte sumergida del iceberg de la aplicación potencial del Derecho comunitario saldría así del estado de ocultación en que se encuentra hoy día en no pocos Estados miembros. En fin, esta solución preservaría una estructura institucional ligera. El Tribunal de Justicia sería competente para conocer de estos recursos, como lo es hoy para la casación de las sentencias que el Tribunal de Primera Instancia dicta en el marco de los recursos directos. Aún haría falta desarrollar algo más, desde un punto de vista de técnica procesal, el recurso casación comunitario, y comprenderlo de un modo menos formalista que en la actualidad, para que pueda servir mejor como vehículo para crear y desarrollar la jurisprudencia.

En cuanto al número de recursos, es probable que fuera considerable. Y es cierto que, si se quiere mantener la calidad y el peso específico de cada resolución, el número de asuntos de que puede conocer un Tribunal al mismo tiempo constitucional y supremo es limitado. Se ha de recordar, no obstante, que la reforma de Niza ha ignorado la idea de un Tribunal con una composición reducida. Puede lamentarse esta decisión, pero parece que la constitucionalización del principio de un juez por Estado miembro, decisión que ha confirmado el Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, sea definitiva. Tras la ampliación, por tanto, el Tribunal, compuesto ya por 25 jueces y pudiendo constituir en su seno hasta

lugar, en Derecho italiano la exclusión del acceso es completa, pero sólo afecta a las cuestiones constitucionales, mientras que en Derecho comunitario hay una posibilidad reducida de acceso directo de los particulares, si el acto impugnado es una decisión o un acto de una institución de la Unión que afecta a un particular directa e individualmente (artículo 230, párrafo cuarto, del Tratado), pero la limitación del acceso directo se extiende al conjunto del ordenamiento comunitario. En segundo lugar, en un ordenamiento más integrado como lo es el italiano es probable que la obligación de remitir las cuestiones de constitucionalidad se respete de forma más sistemática que la obligación equivalente en Derecho comunitario. Sin embargo, ha habido varios intentos de introducir un recurso directo similar al amparo español o a la *Verfassungsbeschwerde* alemana, para perfeccionar el sistema de justicia constitucional y garantizar mejor la protección de los derechos fundamentales. Véase al respecto E. CRIVELLI, *La tutela dei diritti fondamentali e l'accesso alla giustizia costituzionale*, CEDAM, Padova, 2003.

4 salas de cinco jueces y 6 salas de 3 jueces, podrá aumentar su productividad de manera considerable, reduciendo la duración de los procedimientos y el número de asuntos pendientes⁵⁴. Visto el tipo de jurisdicción elegido, es previsible que en un futuro próximo el Tribunal de Justicia no será un órgano que pronuncie en torno a unas 100 sentencias anuales, como el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, sino un órgano jurisdiccional que debería pronunciar en torno a 700 sentencias y autos anuales⁵⁵, de los que sólo una parte muy reducida será adoptada por la Gran Sala o por la Asamblea Plenaria, y el resto por salas de cinco o tres jueces.

Si se introdujera un recurso directo de los particulares contra las resoluciones de los jueces nacionales de última instancia, probablemente sería indispensable establecer un filtro incluso para la capacidad mayor del Tribunal de Justicia actual⁵⁶. En ese caso, sus miembros pasarían buena parte de su tiempo decidiendo qué decidir. Habría que establecer mecanismos procedimentales y criterios materiales para efectuar dicho filtro. Los artículos 225 del Tratado y 62 del Estatuto del Tribunal, relativos al «reexamen» por el Tribunal de Justicia de las resoluciones adoptadas por el Tribunal de Primera Instancia en el marco de los recursos frente a las resoluciones de las futuras salas jurisdiccionales y de una eventual competencia prejudicial, parecen haber elegido el criterio apropiado: el Tribunal puede reexaminar siempre que haya un «riesgo grave de que se vulnere la unidad o la coherencia del Derecho comunitario». En cambio, puede que el procedimiento adoptado, que confía al primer Abogado General el «examen» de las solicitudes de reexamen para proponer o no su aceptación al Tribunal de Justicia (¿qué decidirá por mayoría simple de sus miembros?), no sea el más indicado para un filtro de los eventuales recursos interpuestos por los particulares frente a las resoluciones nacionales de última instancia.

La solución propuesta tropieza con importantes obstáculos políticos, casi insalvables. Podría temerse la «verticalización» de las relaciones entre el Tribunal y los jueces nacionales —que ya son bastante verticales, pero de una manera confusa y poco coherente—, el establecimiento de una jerarquía formal que podría frustrar su cooperación actual⁵⁷, en ciertas cancillerías se

⁵⁴ Por el momento, sin embargo, no se ha creado más que una tercera sala de cinco jueces (DO 2004, C 156, pg. 1).

⁵⁵ En 2003, el Tribunal de Justicia adoptó 455 sentencias y autos, con 15 jueces, 2 salas de 5 jueces y 3 salas de 3 jueces (véase el Informe anual del Tribunal de 2003).

⁵⁶ Sobre la posibilidad de introducir un filtro en el marco del sistema actual, véase L. HERFFERNAN, «The Community Courts Post-Nice: A European Certiorari Revisited», *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, pg. 907, pgs. 925-933.

⁵⁷ Véase H. G. SCHERMERS y D. F. WALBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, 6ª ed., Kluwer, La Haya, 2001, pg. 273: una solución de este tipo «would establish a more formal hierarchy that could frustrate the cooperation between the Court of Justice and the national judiciaries»; véase asimismo H. G. SCHERMERS y J. S. WATSON, «Report on the Conference», en H. G. SCHERMERS y otros (compiladores), *Article 177 EEC: Experiences and Problems* (North-Holland, Ámsterdam, 1987, pg. 5, pgs. 39-40; en dicho coloquio Jean-Victor LOUIS sugirió la introducción de un recurso como el previsto en el artículo 43 del proyecto Spinelli; TOTH, MACKENZIE STUART y ERRERA se opusieron, considerando respectiva-

pronunciaría la palabra «federal» con desagrado tras haber escuchado la propuesta... ¿Por qué podría aceptarse esta solución hoy, si el procedimiento prejudicial era el único mecanismo de coordinación aceptable en 1957? Viendo los resultados de la Convención Europea, ¿la propuesta de una casación europea no es poco realista, quimérica, contraria incluso al signo de los tiempos?

Es probable... Pero ello tiene menos que ver con sus méritos que con las percepciones y reacciones reflejas que han permanecido inmutables a pesar del cambio de circunstancias y necesidades del ordenamiento comunitario. Estas reacciones reflejas no permiten percibir las ventajas de la solución propuesta, que es la más simple, clara y eficaz, y la que garantizaría al justiciable la mayor seguridad y protección jurídicas. En especial, si los Estados miembros aceptan *Köbler* como han de hacerlo, si aceptan la obligación de remisión del artículo 234, párrafo tercero, del Tratado, no veo por qué no aceptarían esta casación europea, que se basa en la misma preocupación de eficacia y protección de los derechos de los particulares que *Köbler*, pero es menos desestabilizante para las estructuras judiciales nacionales.

Sin duda hay quienes prefieren la fractura actual entre la realidad y los principios normativos, quienes prefieren no tomar demasiado en serio el Derecho comunitario. En realidad, se dirá, a pesar de sus imperfecciones, el procedimiento prejudicial asegura un mínimo de uniformidad y eficacia. Y lo hace de forma discreta, sin molestar demasiado a las jurisdicciones de los Estados miembros. Pero hoy en día estas imperfecciones quizá sean mayores que sus ventajas, ya que este mínimo de coordinación, eficacia y uniformidad no resulta satisfactorio para el justiciable ni para un sistema de Derecho con un ámbito material cada vez mayor y más importante.

Quisiera terminar volviendo –muy brevemente– sobre los dos primeros paréntesis abiertos al principio de este artículo sobre la legitimidad del Derecho de la Unión Europea y de su sistema institucional. ¿Puede considerarse que el déficit de eficacia y uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario tiene que ver con el déficit democrático de la Unión, a manera de un precio que se paga por las eventuales insuficiencias de legitimidad del proyecto europeo? Creo que no. La Unión Europea podría ser más democrática, ciertamente, pero su legitimidad es suficiente para tomar en serio su Derecho y para establecer mecanismos que permitan aplicarlo y aplicarlo correctamente en todos los casos en los que debe aplicarse.

mente que dicho recurso sería contrario al carácter no-contencioso del procedimiento prejudicial, dañaría la relación de cooperación entre el Tribunal y los jueces nacionales y sería inaceptable para éstos).