

# LA INTERPRETACION DEL DERECHO COMUNITARIO POR EL JUEZ NACIONAL

Por PIERRE PESCATORE (\*)

## SUMARIO

I. LO QUE ES «INTERPRETAR»: 1. *«Rechtsfindung», «Problemdenken»: Aportaciones alemanas a la comprensión del proceso interpretativo.* 2. *El Tratado CE como producto del espíritu de codificación.* 3. *Una aportación inglesa inesperada: Las «reglas de reconocimiento» según Hart.* 4. *El marco institucional del esfuerzo interpretativo.* 5. *El carácter intra-sistémico como límite de la función interpretativa.*—II. ASPECTOS ESPECÍFICOS DE LA INTERPRETACIÓN EN EL CONTEXTO COMUNITARIO: 1. *«Interpretación» y «aplicación» según el sistema del Tratado CE.* 2. *Interpretación en un contexto multinacional.* 3. *El alcance unitario del Derecho comunitario.* 4. *Cómo salvar las discontinuidades del Derecho comunitario.*—III. LA REMISIÓN PREJUDICIAL SEGÚN EL ARTÍCULO 177 COMO ACTUACIÓN DE LA GESTIÓN INTERPRETATIVA EN EL MARCO COMUNITARIO: 1. *Un proceso de «cooperación» y «diálogo».* 2. *Quiénes pueden y no pueden interpretar el Derecho comunitario, quiénes quieren y no quieren aplicarlo.* 3. *Problemas referidos al «punto de caída» de la sentencia prejudicial.*

Interpretar es mucho más que interpretar —por lo menos en la concepción de los juristas «continentales» que somos. Es lo que da a entender Lord Mackenzie Stuart, antiguo Juez y Presidente del Tribunal de Justicia, en sus preciosas *Hamlyn Lectures*: igual que el actor es intérprete de Racine, el pianista intérprete de Beethoven, el jurista, cuando trata de interpretar, es quien da existencia y presencia a la ley (1). Una actuación casi transcendental como veremos, de la cual trataré en tres reflexiones

---

(\*) Antigo juez del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. .

(1) «The European Communities and the Rule of Law», *Hamlyn Lectures*, London, 1977.

sucesivas, procediendo de lo general a lo concreto: sobre la interpretación en sí misma, donde el problema será examinado más allá del Derecho comunitario, luego sobre las condiciones particulares del proceso interpretativo en el marco comunitario y, por fin, sobre el procedimiento de «remisión prejudicial» que sirve de nexo procesal entre el esfuerzo interpretativo desarrollado a nivel nacional y a nivel comunitario.

## I. LO QUE ES «INTERPRETAR»

### 1. «RECHTSFINDUNG» Y «PROBLEMDENKEN»: APORTACIONES ALEMANAS A LA COMPRESIÓN DEL PROCESO INTERPRETATIVO

Los latinos, igual que los ingleses, están en esta materia presos de sus lenguas al usar la palabra «interpretación», que inconscientemente implica una idea preconcebida, idea muy fundamental: la existencia de un texto como substrato y presuposición de toda interpretación. Donde no hay texto, por supuesto, no podría haber interpretación. En otras palabras, no podría existir en el Derecho interpretación fuera de un texto preexistente. Lo que a priori cortaría el paso a todo desarrollo significativo del Derecho por vía de interpretación.

Afortunadamente, los recursos de la lengua alemana nos permiten dar una idea más adecuada y amplia del proceso interpretativo, por el uso de la palabra *Rechtsfindung*, que significa búsqueda e invención de la regla pertinente —entendiendo aquí el término «invención» en toda su amplitud, como proceso no sólo heurístico, sino también creativo (2). Como tal, interpretar es mucho más que analizar o elucidar un texto, es realmente descubrir el Derecho y dar forma y efecto a la regla pertinente, cualquiera que sea su fuente, su forma o consistencia.

Otra aportación alemana es, en la actualización de este esfuerzo interpretativo, la distinción entre dos tipos de aproximaciones: el *Normdenken* y el *Problemdenken* (3). En este caso es fácil expresarlo en Inglés: *rule-*

(2) WIARDA, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle, 1977.

(3) Sobre la «problematización» como preliminar de toda investigación científica, véase KARL POPPER, en su *Logik der Forschung*, 6.ª edición, Tübingen, 1976, donde esta idea aparece por primera vez de manera marginal, en los prefacios de la edición original (1934) y de la edición inglesa (1959). La misma idea ocupa una posición más central en *Conjectures and Refutations, The Growth of Scientific Knowledge*, 5th. ed., London 1974, Cap. 2, pp. 66/67 y Cap. 4, pp. 128/129. Reparece con mayor intensidad en la última obra, autobiográfica, *Unended Quest*, Fon-

*oriented* y *problem-oriented*. La oposición entre lo deductivo y lo inductivo sería una aproximación a tal fenómeno en lengua latina, pero no un equivalente.

Entre juristas, como sabemos, el esquema fundamental del razonamiento jurídico es el proceso deductivo, la figura lógica de la «subsunción» de lo particular a la regla general. El inicio de tal razonamiento jurídico es la regla y no el problema, que según las categorías lógicas aparece sólo en el orden «menor», es decir, subordinado. Ahora bien, lo que nos propone la doctrina alemana moderna es invertir este itinerario: es preciso establecer en primer lugar lo que constituye el «problema», antes de lanzarse a la búsqueda de la regla conveniente. La diferencia entre las dos actitudes aparece de modo particularmente claro en caso de «laguna» del Derecho, es decir de solución de continuidad en el sistema jurídico: aquí la aproximación «normativista» conduce, en una transición abrupta *ad alterum genus*, a un razonamiento sobre competencia entre legislador y juez, mientras que la aproximación «problematizante» conduce en primer lugar a la investigación substancial del fondo y, desde allí, a la búsqueda de una solución de Derecho material. Como veremos más adelante el proceso de remisión prejudicial del artículo 177 del Tratado CE, con su articulación en pregunta y respuesta, está basado precisamente sobre este tipo de problematización, entre lo factual y lo normativo. Aparecerá por lo demás que, a su vez, la problematización normativa es aquí doble, entre el nivel de Derecho nacional y el nivel de Derecho comunitario.

Naturalmente, no es posible plantear un problema jurídico de manera pertinente fuera de las coordenadas del sistema jurídico. Es esta operación preliminar de aproximación, entre lo concreto del problema y lo abstracto del sistema normativo, lo que Josef Esser llama *Vorverständnis*, es decir, la identificación preliminar del problema a la luz del sistema global como primer paso del encaminamiento hacia la regla aplicable (4).

---

tana/Collins, Glasgow, 1976, sobre la correspondencia entre el nivel de explicación filosófica y la *problem-situation*, pp. 30, 76, 86, 90, 124. KARL LARENZ, en su clásica obra, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3.ª edición, Berlín, 1975, bajo el título: *Die Jurisprudenz als verstehende Wissenschaft*, da a entender que todos los textos jurídicos por su propia naturaleza requieren una problematización para ser comprensibles (pp. 181-183). Mi opinión es, más precisamente, que esta problematización debe tener su inicio en la *problem-situation* factual, antes de que sea posible proceder desde allí a la paralela problematización normativa.

(4) JOSEF ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main, 1972. LARENZ, en la obra ya citada, da una descripción muy

Puede ayudarnos aquí una comparación con el arte de la medicina: lo primero en la medicina es el diagnóstico, porque sólo de un diagnóstico correcto puede derivarse un tratamiento adecuado; pero, al mismo tiempo, un diagnóstico correcto no puede establecerse si el diagnosticante no tiene un conocimiento suficientemente fundado y diversificado de la ciencia médica en su totalidad. Lo mismo sucede en el campo del Derecho. Un problema planteado de manera correcta, a la luz del sistema global, lleva en sí mismo la orientación hacia la regla pertinente y, desde allí, hacia una solución adecuada. Esta es mi modesta idea del Derecho Natural: mediante un análisis cuidadoso de nuestros problemas, a la luz del sistema global y de sus múltiples recursos, aproximarnos a una solución adecuada de los problemas.

Pues bien, a tal efecto, es preciso que en una conversión mental fundamental cambiemos de paradigma, substituyendo el método «normológico» por el modo de pensar «problemático» y, desde allí, proceder a la búsqueda de la solución jurídica adecuada, considerando a tal efecto el abanico más ancho de soluciones posibles. Descubriremos entonces que en el Derecho la tarea primordial es escoger entre posibles alternativas interpretativas, con consecuencias diversas, más que descubrir la «única» solución impuesta por la ley. En otras palabras, nuestra lógica debe ser siempre una *lógica de alternativas*, y no una derivación unilinear desde principios preconcebidos (5). Este es el resultado de esta primera reflexión, la más fundamental del conjunto.

## 2. EL TRATADO CE COMO PRODUCTO DEL ESPÍRITU DE CODIFICACIÓN

No debemos olvidar que los seis Estados que crearon la Comunidad Europea y los juristas que redactaron los Tratados pertenecen al mundo del Derecho «codificado», con su técnica legislativa particular, muy diferente de la técnica del mundo del *common law*. El Tratado, en su concepción original, con sus principios (como el trato nacional, la liberalización

---

clara del *Vorverständnis* como proceso dialéctico (pp. 183-192), con más referencias a la filosofía alemana.

(5) Sobre la «lógica de alternativas», véase: GIDEON GOTTLIEB, *The Logic of Choice*, London, 1968; RÖDIG, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, Berlin, 1969 y mi contribución: «Le problème de l'argumentation juridique», en *Le Droit*, Collection Philosophie de l'Institut Catholique de Paris, 1984.

de los intercambios, la unicidad del territorio económico etc.), con sus objetivos, con su vocación de ser efectivo y operativo en la práctica, es un producto típico del espíritu de codificación.

La técnica codificadora se caracteriza en primer lugar por la preeminencia del fenómeno legislativo sobre lo jurisprudencial y, en segundo lugar, por la presunción básica de que todo sistema legislativo está completo, lo completo de la ley según un concepto —*complétude*— recientemente admitido en el idioma francés por gracia del llamado Petit Robert, que dice lo siguiente en su nueva edición: «*Caractéristique d'un système hypothéticodéductif qui ne contient pas de propositions indécidables*». No me atrevo a traducirlo en castellano. De todas maneras, esta es la definición exacta de cualquier sistema legal codificado: no hay en él hipótesis irresolubles; y si, *prima vista*, no hay regla pertinente, el sistema contiene siempre, por lo menos, métodos para crearla *ad hoc*.

En tal perspectiva hay que recordar un pasaje del *Discurso Preliminar* del Código Civil francés en el cual Portalís opone el oficio del legislador y el oficio del juez: «La ley tiene por finalidad establecer, con una visión global, las máximas generales del Derecho; sentar principios fecundos en consecuencias, y no entrar en el detalle de las cuestiones que pueden surgir en cada materia. Corresponde al Magistrado y al Jurisconsulto, imbuidos del espíritu general de las leyes, dirigir su aplicación». Es la misma visión que inspiró el artículo 4 del Código Civil: «Todo juez que, aduciendo el silencio, la oscuridad o la insuficiencia de la ley, rehuse dictar una resolución judicial, podrá ser acusado de denegación de justicia» (6).

(6) El texto completo del *Discours préliminaire* es el siguiente:

*Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés et leurs rapports si étendus qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout.*

*L'office de la loi est de fixer par de grandes vues les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est aux magistrats et aux jurisconsultes, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application.*

*La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière les principes les plus favorables au bien commun: la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre par une application sage et raisonnée, d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue et de ne pas s'exposer au risque d'être tour à tour esclave et rebelle et de désobéir par esprit de servitude. (Loché, Législation Civile etc., t. 1, p. 156).*

Esta fórmula tiene un equivalente en el artículo 24 de la Constitución española, sobre la protección efectiva de los derechos individuales por los jueces y tribunales.

Los continentales europeos deben darse cuenta de que los «anglosajones», que se adhirieron a la Comunidad en 1973, no comparten estas certezas sobre el tema de la interpretación. No conocen ellos el *favor legis* continental; no conocen la técnica de la codificación con su alcance sistemático. Donde no hay sistema, la ley no puede tener lagunas y, por consecuencia, no puede concebirse la idea de una interpretación sistemática. No pueden concebirse en tal contexto o, más bien, carencia de contexto principios *féconds en conséquences* según Portalís. Además, por razones históricas (la oposición artificial entre *statute law* y *common law*) toda legislación se percibe como una invasión del mundo tradicional del *common law*, lo que conduce a un criterio de interpretación anti-constructivo y, por lo demás, ultra-conservador por efecto de la *rule of precedent* (7).

---

El texto original del artículo 4 del Código Civil es el siguiente:

*Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.*

Lo primordial en el juez, en esta percepción, es «hacer justicia», el esfuerzo interpretativo estando subordinado a este fin. El concepto de Portalís constituye un contraste marcado con las ideas de Montesquieu, frecuentemente citadas pero desde mucho tiempo anticuadas, quien dice que en un gobierno republicano los jueces «*suivent la lettre de la loi*» y no son más que «*la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*» (*L'esprit des lois*, parte VI, cap. 3 y parte XI, cap. 6).

(7) WILLIAM HOLDSWORTH, en su obra monumental *A History of English Law*, vol. IV, pp. 217-293, explicó las razones de porqué la recepción del Derecho Romano con su ideal de codificación no se extendió a Inglaterra. En la época crucial, que coincide con el reinado de *Henry VIII*, el desarrollo del *common law* había alcanzado un punto tal que pudo resistir a la extensión del Derecho Romano a las Islas Británicas. Esta es la razón fundamental, a la cual en seguida se añadió una razón religiosa: la separación de Roma, la Papal, más que la Romana. El significado histórico del evento es que el Derecho inglés, que aceptó en el Medioevo una cierta influencia del Derecho Romano por intermedio del Derecho Canónico, se cortó del progreso hacia la codificación que en el Continente fue preparada por la recepción del Derecho Romano. Después de esta época el desarrollo del Derecho Inglés fue dominado por la dialéctica entre *statute law* y *common law* que condujo a un método de interpretación restrictivo del *statute law*. A este propósito véase, en la

En consecuencia no conocen ellos el *horror* de la denegación de justicia y admiten sin complejos el *non liquet*, es decir, la remisión del poder judicial al poder legislativo cuando no aparece claramente la regla aplicable en el Derecho escrito o en los precedentes. Lo que por ellos es remisión espontánea al poder político, a los continentales aparece como una intolerable dimisión y abdicación del juez.

En mi opinión es esta la diferencia esencial entre el «acercamiento» del Derecho civil y del *common law* al método de interpretación, no hay otra, pero es fundamental.

Lord Mackenzie Stuart ha expresado en la ya citada obra el asombro de un jurista del *common law* ante este comportamiento extraño de los continentales. Hablando precisamente del *horror vacui*, característico de los sistemas del *civil law*, dice lo siguiente: «Me parece difundido en todas partes. Por dispersas o intratables que sean, las fuentes del Derecho comunitario deben poder proporcionar de una manera o otra una respuesta. No es posible dejar sin respuesta a las partes ni al Juez nacional. Lo contrario constituiría una auténtica denegación de justicia» (8). Es un reconocimiento muy lúcido de lo que significa realmente «interpretación» en el mundo del Derecho codificado, es decir, que en el marco del siste-

---

obra del mismo WILLIAM HOLDSWORTH, *Sources and Literature of English Law*, Oxford, 1925, el capítulo: «The Statutes», esp. p. 37 y pp. 71-73. Lo interesante es que el libro clásico: *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th Ed., London, 1969, basado sobre la interpretación textual, admite una interpretación contextual sólo en límites muy estrechos (pp. 28-75); no hay referencia alguna a la idea de sistema o de interpretación sistémica, que no forma parte del vocabulario jurídico Inglés. La recién obra de MacCormick y Summers, *Interpreting Statutes*, Dartmouth, 1991, muestra que la posición queda fundamentalmente la misma, a pesar de un excepcional esfuerzo teórico; véase el capítulo 10, *Statutory Interpretation in the United Kingdom*, pp. 359-406. La *rule of precedent* en su rigor actual se cristalizó sólo hacia el fin del Siglo Diecinueve: véanse J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 3rd. Ed., London, 1990, pp. 225-230, y RUPERT CROSS and J. W. Harris, *Precedent in English Law*, 4th. Ed. Oxford, 1991. Aunque haya actualmente una cierta flexibilización de la *rule of precedent* a nivel de la *House of Lords*, la regla queda intacta para los tribunales inferiores, de manera que cualquier progreso jurisprudencial más espontáneo queda bloqueado. Por esta razón se puede medir, en la perspectiva del Derecho del Reino Unido, lo revolucionario del proceso de remisión prejudicial abierto a todos los jueces desde el nivel de base.

(8) *I find it all pervasive. However sparse or intractable, the available sources of Community law must be somehow persuaded to reveal an answer. The litigant, or the national judge, must not be sent away without an answer. This would be truly a denial of justice* (op. cit., p. 63).

ma (se trata aquí del sistema en su totalidad compleja, y no de la regla individual) el juez tiene la obligación de hacer todo lo que sea necesario para adecuar la ley a su aplicación práctica y para lograr por su acción interpretativa que el sistema sea operativo y eficaz. Hay en la doctrina internacionista francesa un principio de interpretación para expresar esta verdad fundamental: el llamado principio de *effet utile* (9). Veremos más adelante que el Tribunal constitucional alemán, en una total ignorancia de los recursos y matices del idioma francés y en una fatal supervaloración de sus poderes, ha tratado de borrar esta expresión del vocabulario de la Comunidad.

### 3. UNA APORTACIÓN INGLESA INESPERADA: LAS «REGLAS DE RECONOCIMIENTO» SEGÚN HART

Si decimos que, según el método alemán de la *Rechtsfindung*, la búsqueda de la regla pertinente es el primer paso en el trámite de la interpretación, debemos preguntarnos de dónde puede inspirarse el juez. A esta pregunta hay una respuesta de un autor inglés, muy citado en el mundo anglosajón, aunque los ingleses mismos no parecen ser conscientes de lo revolucionario que es: se trata de las *rules of recognition* identificadas por Hart en su obra muy conocida *The Concept of Law*. Nuestro autor distingue en el Derecho dos tipos de reglas: las «primarias», o substantivas, y las «reglas de reconocimiento», quienes fundamentan las primarias y que nos permiten determinar si una regla cualquiera, que sea de fondo, estructural o procesal, forma parte del sistema jurídico de que se trate (10). Bajo esta nomenclatura, Hart se refiere en realidad a lo que llamamos desde siempre la doctrina de las fuentes del Derecho. La diferencia es que la doctrina de Hart es muy rudimental, porque este autor no indica nada más sobre el contenido de las llamadas *rules of recognition*, mientras que en el Derecho *civil*, y también en el Derecho internacional, disponemos de categorías bien articuladas sobre las fuentes del Derecho (11). El mérito

(9) ROUSSEAU, en sus *Principes généraux du droit international public* (1944, p. 680), da la definición siguiente del principio: «... *on doit supposer que les auteurs d'un traité ont eu l'intention d'adopter des mots doués de signification et d'établir des règles pratiquement opérantes*».

(10) H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1981.

(11) Sobre las fuentes del Derecho: En lo universal: ALFRED VERDROSS, *Die Quellen des universellen Völkerrechts*, Freiburg, 1973, y Julio A. BARBERIS, *For-*



de Hart es haber introducido esta idea, aunque sea sumariamente, en el mundo hermético del *common law*.

Lo interesante aquí es que, en un «Estado de Derecho», corresponde en última instancia al juez determinar cuáles son las fuentes del Derecho en el sistema. Y, pensándolo bien, este poder inventivo es mayor cuanto menor sea la densidad de las reglas primarias, lo que es precisamente el caso del Derecho comunitario. Pues bien, es en el inagotable fondo de las fuentes de Derecho donde el juez comunitario reúne los materiales que le permiten reconocer las reglas aplicables en cada caso concreto. El medio principal de tal extensión son los principios generales del Derecho y el método del Derecho comparado que, por su parte, abre el fondo aún más amplio de las convergencias entre los Derechos nacionales de los Estados miembros.

Corresponde también al juez descartar los elementos que no puede admitir como legítimos, como por ejemplo modificaciones de los Tratados realizadas sin respetar el procedimiento de revisión, o reservas ocultas, escondidas en las actas del Consejo, o decisiones del llamado «Consejo Europeo», quien no tiene ningún poder legislativo, en vez del Consejo de la Comunidad.

La jurisprudencia suministra muchos ejemplos de esta función seleccionadora del juez, positiva y negativa. De todas maneras, estas reflexiones nos muestran el enlace estrecho entre la doctrina de las fuentes del Derecho y el método de interpretación. En realidad, la interpretación no es más que la continuación y el complemento de la doctrina de las fuentes del Derecho. Debemos precisar que en un conjunto complejo como la Comunidad pertenece al Juez determinar no solo el contenido material de las reglas de Derecho, sino también todo lo que concierne su vigencia formal, su efecto y su estructura jerárquica, en otras palabras, determinar tanto el alcance como el contenido de las «reglas de reconocimiento» según la teoría de Hart (12).

*mación del derecho internacional*, Buenos Aires, 1994. En lo comunitario: PIERRE PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, Presses Universitaires de Liège, 1975, y J.-V. LOUIS, *El ordenamiento jurídico comunitario*, en la serie *Perspectives européennes*, Comisión de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 5.ª ed., 1995.

(12) Jurisprudencia comunitaria sobre reconocimiento y no reconocimiento de fuentes de Derecho. En lo positivo, el ejemplo más conocido es la sentencia *Lieselotte Hauer*, del 13.12.1979, en la cual el Tribunal de Justicia ha reconocido, en el campo de los derechos humanos, la pertinencia de la Convención Europea de los Dere-

## 4. EL MARCO INSTITUCIONAL DEL ESFUERZO INTERPRETATIVO

La interpretación no es solamente un proceso abstracto, de carácter normológico. En un mundo estructurado a todos los niveles debemos tener en cuenta también el marco institucional en el que se inscribe el proceso interpretativo. Aunque las raíces de esta aproximación del problema remontan a la filosofía política del siglo dieciocho, a esta visión del Derecho nos introducen más profundamente ciertas corrientes de la filosofía jurídica contemporánea, como el «constitucionalismo» y la «teoría de la institución» (13). La idea común de estas formas del pensamiento es que

chos del Hombre y la convergencia de los principios constitucionales de los Estados miembros como fuentes de Derecho. En lo defensivo, hay que mencionar la sentencia *Defrenne*, del 8.4.1976, donde el Tribunal rechazó como no admisible una Decisión por la cual el Consejo había intentado aplazar el término previsto por el Tratado para la realización de la regla de trato igual en materia salarial entre trabajadores de ambos sexos (ap. 57), y la sentencia *Comisión c. Dinamarca*, del 30.1.1985, (ap. 13) donde el Tribunal rechazó Declaraciones unilaterales de los Estados miembros registradas en las Actas del Consejo en relación con la adopción de una Directiva. Esta última sentencia podría constituir un precedente en relación con similares declaraciones y reservas no ratificadas, incluidas en los documentos adjuntos al Acta Unica Europea y al Tratado de Maastricht. Me permito citar aquí una jurisprudencia paralela del Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo: sentencias No 322, *Breuckmann*, parr. 2; No 473, *Haas*, parr. 2 y 3; No 493, *Volz*, parr. 5; No 1311, *Guerra Ardiles*, parr. 15; No 1369, *Decarnière et Verlinden*, parr. 15; No 1450, *Kock*, parr. 19; No 1451, *Hamouda*, parr. 23 que demuestra más claramente la existencia del problema de «reconocimiento». La regla de reconocimiento aquí puede formularse como sigue: 1. El servicio público internacional está regido en principio y exclusivamente por el Derecho internacional. 2. Excepcionalmente el Derecho nacional puede tener relevancia en dos hipótesis: a) si hay reenvío expreso (lo que es frecuente en caso de personal localmente contratado); b) en una perspectiva comparativa, para establecer principios generales de Derecho.

(13) El padre del «institucionalismo» es MAURICE HAURIUO en su ensayo «La théorie de l'institution et de la fondation», publicado en el número 4 de *Cahiers de la nouvelle Journée*, Paris, 1925, pp. 1-45. Su repercusión fue enorme, incluso en Alemania y Italia. Véase la traducción alemana editada por ROMAN SCHNUR, *Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze von Maurice Hauriou*, Berlin, 1965, con una introducción biográfica y una bibliografía cuidadosa. La idea fundamental es muy sencilla: En base de toda institución hay una «idea de obra» (*idée de l'oeuvre à réaliser*), una «idea directriz» (*idée directrice*) coherente, un plan de acción que sobrepasa marcadamente las nociones de objetivo o de función y que, como tal, está apto para ser recibido en la conciencia colectiva. Esta inspiración fundadora da nacimiento a una estructura orgánica que a su vez constituye la base de un Derecho

toda actitud normativa se encuentra encerrada en ciertas estructuras pre-determinadas de la convivencia política y social que nos rigen, aún inconscientemente.

Una aclaración parece aquí necesaria, considerando que a la luz de la evolución histórica el concepto «institución» aparece como algo ambivalente. En el uso moderno la palabra institución evoca en primer lugar la idea de una estructura orgánica cualquiera que sea, como un Estado, una organización, unión, federación, asociación, etc. Pero en una perspectiva que tiene su origen en el Derecho Romano designamos también como institución todo conjunto estable de normas relativas a una relación social fundamental, como son el contrato, la propiedad (según que sea individual o común), la familia, el orden sucesorio, el sistema decisonal de un ente público, la democracia, el proceso judicial, etc. En el orden comunitario usamos conceptos como integración, unión aduanera, unión económica, unión monetaria, sistema de libre cambio, etc. En una palabra, se trata de moldes jurídicos predeterminados, de carácter normativo o estructural, que a todos los niveles, desde el privado hasta el internacional, pasando por el estatal, imprimen formas predeterminadas a nuestra actitud jurídica (14).

estatutario (*droit statutaire*) y de una personificación que permite la participación de cualquier institución en el comercio jurídico. Las ideas de Hauriou fueron tras-puestas al Derecho internacional por RICCARDO MONACO en su artículo «Solidarismo e teoria dell'istituzione nella dottrina di diritto internazionale», *Archivio Giuridico*, Quarta Serie, 24, 1932, pp. 229-236 y, después, por el mismo autor, a la teoría de las organizaciones internacionales. Véase en particular el artículo de MONACO: «Le caractère constitutionnel des actes institutifs d'organisations internationales», *Mélanges Rousseau*, Paris, pp. 153-172. La idea del «institucionalismo» fue resumida, aparentemente sin conexión con las ideas de Hauriou, por OTA WEINBERGER, en la forma del «institucionalismo normativo»; véase el volumen: *Institution und Recht, Grazer Internationales Symposium zu Ehren von Ota Weinberger*, Berlin, 1994. Por el «constitucionalismo», que en verdad no es más que un derivado particular del institucionalismo, me permito referirme a mi estudio sobre: «La constitution nationale et les exigences découlant du droit international et du droit de l'intégration européenne: Essai sur la légitimité des structures supra-étatiques», con amplias referencias bibliográficas, *Revue de Droit Suisse*, 1992 (111), pp. 43-72.

(14) Esta definición está inspirada del artículo «Institution» de BRETHER DE LA GRESSAYE, en *Encyclopédie Dalloz, Droit Civil*. Aparece, pues, que el «institucionalismo» puede ser tanto orgánico que normativo. En mi opinión, la institucionalización normativa no es menos importante que la orgánica, ya que permite colocar la teoría de la institución en una continuidad histórica muy anterior al institucionalismo orgánico de Hauriou. Véanse a este propósito los dos artículos «Institution»

En la perspectiva particular de nuestro tema, que es el método de interpretación en el marco comunitario, se trata de reconocer la incidencia, omnipresente, del orden constitucional de una Comunidad «de Estados y de pueblos», basada en la separación de los poderes, el anhelo democrático del proceso legislativo, el principio del «Estado de Derecho» y el respeto debido a los derechos humanos. Cada uno de estos principios constitucionales bien definidos proporciona, según las circunstancias, directivas para nuestro esfuerzo interpretativo.

Son éstos los principios que definen también la posición institucional de todo poder judicial como independiente, protector de los equilibrios políticos y de los derechos individuales. Se debe hacer hincapié en nuestra materia en que la separación de poderes ha puesto fin a un antiguo adagio confusionista, de origen auténticamente Romano —puesto que imperial— que dice: *Eius est legem interpretari cuius est legem condere*. En un marco constitucional moderno ya no corresponde al legislativo interpretar la ley, teniendo en cuenta que toda ley interpretativa es por su naturaleza misma retroactiva. Una vez que el legislador se ha pronunciado, está *officio functus*. En un sistema basado sobre la separación de poderes y la protección de los derechos individuales la función interpretativa corresponde al poder judicial solo, no al legislativo.

En el marco comunitario lo dice expresamente el artículo 164 del Tratado CE, quien atribuye al Tribunal de Justicia la tarea «de velar por el respeto del Derecho». Este principio de separación tiene un relieve democrático particular en un sistema donde hay una innegable confusión entre el ejecutivo y el legislativo, ya que el centro de gravedad político recae en el Consejo, órgano compuesto por representantes de los gobiernos. Importa mucho para los derechos individuales que no sea el mismo poder político quien se arrogue, además de lo que ha dispuesto en general, la interpretación en lo particular. En este sentido, encontramos recientemente un ejemplo de inaceptable exceso legislativo por parte del Consejo: se trata de la Decisión del Consejo 94/800/CE, de 22 de diciembre 1994, relativa a la celebración en nombre de la CE de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la llamada Ronda de Uruguay (15).

---

(sociológico y jurídico) en *Encyclopédie Philosophique Universelle, Les notions philosophiques* (Silvain Auroux éd.), PUF, Paris, 1990.

(15) *Diario Oficial*, 1994, L 336/1. El preámbulo de tal Decisión termina con estas palabras: «Considerando que, por su propia naturaleza, el Acuerdo por el que se crea la Organización Mundial del Comercio, incluidos sus Anexos, no puede ser

## 5. EL CARÁCTER INTRA-SISTÉMICO COMO LÍMITE DE LA FUNCIÓN INTERPRETATIVA

Aunque la doctrina expuesta en este estudio tienda a flexibilizar el método de interpretación bajo el impulso del principio de no-denegación de justicia, el propósito no es abrir un horizonte sin límites al intérprete. El horizonte sin límites es el del legislador, en la fuerza de su legitimación democrática. En contraste el juez, en su obra interpretativa, no puede exceder el límite de su legitimación propia que es fundamentalmente, como hemos puesto de relieve, ser sometido al Derecho, no crearlo. Su tarea es aplicar el Derecho en el alcance definido por el sistema, lo que es comparativamente, como vimos, un campo más ancho en el sistema de Derecho codificado, con sus principios generales y sus perspectivas globales, que en un sistema puntillista de precedentes como el *common law*.

En otras palabras, la tarea creativa del juez es mantener operativo el sistema de Derecho existente, no innovar o reinventar la base del mismo. Es decir, actuar básicamente en el marco de la Constitución cualquiera que sea, estatal o super-estatal y de las leyes basadas en ella, quienes, a su vez, reanudan con una tradición histórica que por innumerables intermedios remonta a los orígenes y fuentes de nuestra cultura jurídica. Cuando este fondo de reglas aparece incompleto o insuficiente para la resolución del problema planteado ante el juez en el ámbito de su competencia (donde aparece la importancia trascendente de la *problematización* previa a la búsqueda de la norma) el Juez puede legítimamente ejercer el poder creativo inherente al método interpretativo, de manera intra-sistémica, es decir, quedándose en el interior de la matriz de los objetivos y de los valores éticos, políticos y sociales reconocidos en el conjunto jurídico existente; pues, un desarrollo orgánico, en armonía con lo existente y, en caso de lagunas más anchas, en la línea de lo proyectado por el legislador, cuan-

invocado directamente ante los Tribunales comunitarios y de los Estados miembros». Con este considerando el Consejo intenta unilateralmente, y en violación del Artículo 164 del Tratado CE, imprimir a los Actos celebrados en Marrakech un carácter de no-efecto directo. En el marco de la distribución de los poderes entre los órganos de la Comunidad corresponde al Tribunal de Justicia, y no al Consejo decidir cual es la «naturaleza» y por consiguiente el efecto de dichos Acuerdos. Cualquiera que sea la actitud del Tribunal en caso de controversia sobre este punto, es claro que este considerando del Preámbulo, además de ser una falsificación de los Acuerdos mismos, está *ultra vires* desde el punto de vista de la distribución intra-comunitaria de los poderes y como tal carece de valor jurídico.

do aparecen discrepancias entre lo positivo de la ley y sus fines. Nos encontramos aquí en el dominio de los principios *féconds en conséquences* según Portalís.

## II. ASPECTOS ESPECIFICOS DE LA INTERPRETACION EN EL CONTEXTO COMUNITARIO

Hasta aquí hemos visto la interpretación en sí misma: un proceso idéntico, básicamente, a nivel nacional y comunitario —suponiendo que se trate de un auténtico régimen de separación de poderes y de «Estado de Derecho», lo que, a decir verdad, no es el caso de todos los Estados miembros de la Comunidad Europea. A continuación veremos lo que es particular al Derecho comunitario.

### 1. «INTERPRETACIÓN» Y «APLICACIÓN» SEGÚN EL SISTEMA DEL TRATADO CE

El Tratado CE menciona dos veces el concepto de «interpretación»: en el artículo 164 y en el artículo 177 (16). En el primer caso, la palabra se encuentra en conjunción con «aplicación», en el segundo, como concepto separado y autónomo.

En una primera fase de su jurisprudencia sobre el artículo 177, el Tribunal de Justicia optó por una concepción dicotómica de tales expresiones: a él le correspondía la parte intelectual, abstracta, la «interpretación»; al juez nacional la parte concreta, pedestre, la «aplicación». Hace mucho tiempo que esta distinción artificial ha sido abandonada.

Hoy el Tribunal reconoce que interpretación y aplicación son dos operaciones estrechamente relacionadas. Más aún, que lo esencial es que la regla sea *aplicada*, y que por tanto la interpretación es una operación previa de búsqueda y aclaración que sirve para determinar, concretizar y adaptar la regla pertinente con vistas a su aplicación. En la mayoría de los casos, la interpretación es intuitiva, implícita. El esfuerzo interpretativo emerge

---

(16) *Commentaire français du Traité CEE*, articles 164 y 177. Una versión española del comentario del artículo 177 ha sido reproducida en *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, dirigido por GIL CARLOS RODRÍGUEZ IGLIASIAS y DIEGO J. LIÑÁN NOGUERAS, Granada, 1993.

sólo cuando aparecen dificultades, dudas o controversias sobre el alcance o el significado de la ley. La delimitación entre lo claro y lo dudoso es esencialmente subjetiva y psicológica, no es objetiva ni lógica. Según la epistemología moderna todo, en el desarrollo de nuestras teorías, puede ser puesto en duda (17). Aunque ciertos conceptos, en particular las cifras, pueden parecer claros, lo particular del Derecho es que los conceptos jurídicos, incluso los «claros», siempre se inscriben en contextos más o menos complejos, y es allí donde surge la polisemia de los textos y, más aún, de los contextos y, como consecuencia, la necesidad de la interpretación.

Un buen ejemplo de lo dicho es el asunto *Cilfit*, planteado por vía prejudicial ante el Tribunal por la Corte suprema di Cassazione italiana, en el cual se trató de definir lo que es «lana». Por supuesto, todos piensan tener una idea precisa de lo que es la lana, y la Corte italiana aprovechó la ocasión para esclarecer, de una vez para siempre, lo que es la doctrina del «sentido claro». Finalmente resultó, y el descubrimiento de esta verdad costó dos procedimientos prejudiciales, que el problema litigioso no era el de la lana misma, sino de que, en el sistema comunitario, la lana estaría sometida a un régimen diferente según se clasifique como producto agrícola o industrial. Y por fin apareció que, a pesar de su apariencia bucólica, la lana es un producto industrial (18).

En conclusión, se observa que por «interpretación», en el sentido del Tratado, debemos entender todo lo que, en un régimen de separación de poderes, el Juez sea capaz de aportar para salvar la distancia entre la ley y su aplicación práctica. Es decir:

establecer la regla pertinente en el marco de las fuentes de Derecho disponibles;

aclarar el sentido de la regla si hay alternativas sobre su alcance o contenido; y, por último,

poner remedio a las discontinuidades de la ley, llenando los vacíos entre su expresión textual y los confines del sistema.

Aparece de este modo que la interpretación participa, a su nivel, de la

---

(17) Me refiero a la teoría del «racionalismo crítico» iniciada por Karl Popper. Una presentación no-técnica de la metodología de Popper se encuentra en la obra autobiográfica ya citada (nota 3): *Unended Quest*.

(18) Sentencia *Cilfit I*, del 6.10.1982; *Cilfit II*, del 29.2.1984.

naturaleza misma de la legislación (19). Este efecto se produce en cada sentencia judicial que contiene cualquier elemento nuevo que sea. Va consolidándose en «jurisprudencia» por la sucesión de los precedentes. Se trata, pues, de una normatividad verdadera, de la cual no debemos tener vergüenza, porque no es más que un desarrollo intra-sistémico del Derecho mismo, por el intermedio de jueces «imbuidos del espíritu general de las leyes» según las palabras de Portalís.

## 2. INTERPRETACIÓN EN UN CONTEXTO MULTINACIONAL

El Derecho comunitario tiene su origen en un contexto multinacional, multilingüe, multicultural, y sus objetivos son «transnacionales». Tanto los Tratados como la legislación derivada (reglamentos, directivas) han sido y siguen siendo corrientemente el resultado de un proceso de negociaciones multilaterales, con aportaciones muy diversas, con vistas a conciliar intereses que pueden ser opuestos. Un conjunto legislativo de tal tipo debe ser interpretado a la luz de su génesis y de sus fines propios.

El carácter multilingüe de la legislación comunitaria, con actualmente once idiomas, plantea problemas muy particulares de interpretación. Como todas las versiones son igualmente auténticas, las divergencias entre ellas no pueden resolverse sobre la base de consideraciones lingüísticas, lo que ha eliminado *a priori* el llamado «argumento textual» en la práctica interpretativa de la Comunidad. Para el Tribunal de Justicia, las divergencias entre las diversas versiones auténticas son problemas ordinarios de interpretación, que se resuelven con argumentos «metalingüísticos», considerando, más allá de la expresión verbal, la substancia de las reglas a fin de determinar, por medio de razonamientos sistemáticos o teleológicos, cuál es la versión que expresa de la manera más adecuada el contenido normativo de la regla (20). Lo que puede ser en Suecia la versión española,

(19) Véase mi contribución a 59. *Deutscher Juristentag*, Hannover, 1992, pp. 37-48, sobre el tema: «*Rechtskontrolle und Rechtsentwicklung*».

(20) P. PESCATORE, «Interprétation des lois et conventions plurilingues dans la Communauté européenne», *Les Cahiers de Droit*, Montréal, 1984, pp. 889-1010. Sobre la interpretación de textos plurilingües cp. la sentencia ya citada del TAOIT, *Kock*, parr. 15-17, que mantiene la misma línea que la jurisprudencia comunitaria. Debemos decir a este propósito que una obra como la de Maxwell sobre reglas de interpretación (véase la cita en la nota 7), basada sobre la interpretación textual, es totalmente inutilizable en un contexto multilingüe, como el contexto comunitario o internacional.



o en España la versión sueca, más aún, es perfectamente posible que, para un súbdito español, sea la versión sueca la que parece más favorable a sus intereses y *vice versa*.

Otra consecuencia del multinacionalismo de la regla comunitaria es el papel atribuido al método de Derecho comparado en la elaboración y aplicación del Derecho comunitario. Podemos decir que, cuando se trata de problemas contenciosos que tienen analogías en el Derecho interno, el Tribunal de Justicia no actúa sin una previa investigación de Derecho comparado.

En la ya citada jurisprudencia *Cilfit*, en respuesta a unas preguntas altamente teóricas de la Corte Italiana sobre la llamada doctrina del «sentido claro», el Tribunal de Justicia puso de relieve las características específicas del Derecho comunitario y las dificultades particulares que presenta su interpretación, es decir: su carácter multilingüe, su terminología propia y el contexto transnacional en el marco del cual debe ser interpretado (21).

### 3. EL ALCANCE UNITARIO DEL DERECHO COMUNITARIO

Entre los temas que caracterizan la naturaleza y el efecto del Derecho comunitario, el más frecuente es sin duda el de la unidad de la regla comunitaria, de su autonomía interpretativa y de su igual eficacia en el conjunto de los Estados miembros. Es lo que hace resaltar enérgicamente la sentencia *Simmenthal*, en un conflicto entre la igual eficacia del Derecho comunitario y las prácticas constitucionales opuestas de un Estado miembro (22). En un momento en el que todos hablan de «geometría variable» y de «subsidiariedad» es preciso recordar que, por su propia esencia, la regla comunitaria es la misma en todos los Estados miembros, que debe comprenderse de la misma manera y aplicarse con la misma fuerza y determinación. En otras palabras, que el juez nacional, cuando aplica el Derecho comunitario, debe ser consciente de que actúa como juez comunitario y que su decisión debe poder repetirse en cualquier lugar de la Comunidad. Como veremos, la creación del mecanismo prejudicial del artículo 177 es la respuesta procesal adaptada a esta necesidad. En la misma

(21) *Cilfit I*, ap. 17-20.

(22) *Simmenthal*, del 9.3.1978; véase también la sentencia *Pabst & Richarz*, de 29.4.1982.

sentencia *Cilfit*, es decir la primera, el Tribunal de Justicia expresó la siguiente advertencia a los Tribunales Supremos que se sintieran tentados por la doctrina del «sentido claro»: deben llegar a la convicción «que la misma evidencia se impondría igualmente a los tribunales de los otros Estados miembros y al propio Tribunal de Justicia» (23).

#### 4. SALVAR LAS DISCONTINUIDADES DEL DERECHO COMUNITARIO

Aunque el Derecho comunitario debe considerarse como un sistema completo, coherente y autónomo, no podemos ignorar que sus discontinuidades son, relativamente, mucho más importantes que las lagunas que el juez nacional puede encontrar en la interpretación de su ley nacional. En otras palabras, el esfuerzo creativo necesario para dar a la ley comunitaria su efecto es mayor que la actitud análoga en un ámbito de Derecho nacional. Por esta razón, es posible que el juez nacional sienta como mala conciencia cuando deba hacer por el Derecho comunitario lo que, en el marco de su Derecho nacional, podría ser considerado como una acción *ultra vires*. En la medida en que tal miedo existe en la mentalidad de los juristas de ciertos países, quisiera exorcizarlo, basándome en los siguientes criterios.

a) En el ámbito comunitario el funcionamiento del proceso legislativo es mucho más penoso y complicado que en los Estados miembros. En la Comunidad el poder legislativo como sabemos está concentrado en las manos del Consejo. A pesar de la regla de la mayoría, el proceso legislativo es extremadamente difícil y resulta constantemente frenado, o a veces bloqueado por los gobiernos. Pues bien, los problemas contenciosos no pueden aplazarse, ni el deber del juez de proteger los intereses legítimos de las partes que llegan a él a través de las vías contenciosas abiertas directamente o indirectamente por el Derecho comunitario. Remitir al justiciable a un legislativo crónicamente incapacitado por sus contradicciones internas equivaldría a una verdadera denegación de justicia (24).

(23) *Cilfit I*, ap. 16.

(24) Véase mi estudio «La carence du législateur communautaire et le devoir du juge», en *Gedächtnisschrift Constantinesco*, Köln, 1983, y el auto *Camera Care*, de 17.1.1980, sobre medidas provisionales de la Comisión en materia de competencia, no previstas en el texto del Reglamento 17. Este asunto ofrece un ejemplo contrastado entre el normativismo del Abogado General (Inglés) y la problematización del asunto en la sentencia del Tribunal.

La situación es aún más grave si se tiene cuenta que la situación actual, como todos saben, se caracteriza lamentablemente por un incumplimiento endémico de sus obligaciones por parte de los Estados miembros, que mantienen o introducen leyes o prácticas incompatibles con el Derecho comunitario, u omiten lo que sería necesario para dar vigencia y efecto a los actos de la Comunidad, especialmente de sus directivas.

En otras palabras: en el marco comunitario puede acontecer que el juez se encuentre enfrentado a una situación de *doble incumplimiento*, a nivel comunitario y nacional. Más aún, lo que a nivel comunitario aparece como incapacidad, a nivel nacional constituye nada menos que una resistencia premeditada al cumplimiento normal del proceso comunitario. La actuación del Tribunal de Justicia en esta situación de auténtica emergencia ha sido inequívoca, en tanto que ha tratado, en un esfuerzo paciente de construcción interpretativa, garantizar el «efecto útil» del Derecho comunitario, y a los ciudadanos de la Comunidad una debida protección de sus derechos legítimos. Diversas técnicas han servido a tal fin, como

la derivación directa de soluciones de los principios generales del Tratado CE (25);

la extensión de la doctrina del «efecto directo», como reacción contra la no-transposición de directivas por los Estados miembros —la sentencia *Marleasing*, bien conocida en España, es un ejemplo pertinente (26);

la responsabilidad de los Estados miembros como consecuencia de sus incumplimientos —es un tema nuevo, iniciado por la ya célebre sentencia *Francovich* (27).

b) Por lo demás, hay otro fenómeno de discontinuidad en el Derecho comunitario, mucho menos dramático, debido al carácter técnico de las reglas, cuando bajamos del nivel del Tratado a lo que se llama el «Derecho derivado». Entre el Tratado CE, que contiene unos principios de muy amplio alcance, y la legislación derivada hay un vacío debido a la inexistencia de reglas generales como las que existen en el Derecho civil o administrativo nacional. Estas reglas deben ser reemplazadas por vía de

---

(25) Mi ponencia sobre: *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence de la Cour*, presentada al 12mo Congreso de la FIDE, Paris, 1986.

(26) Sentencia *Marleasing*, del 13.11.1990.

(27) Sentencia *Francovich*, del 19.11.1991.

interpretación, sobre la base de principios generales, o mediante investigaciones de Derecho comparado que han resultado ser particularmente útiles en esta zona intermedia del Derecho, ya que permiten mantener la Comunidad en el ámbito de las tradiciones jurídicas comunes de los Estados miembros (28).

### III. LA REMISION PREJUDICIAL SEGUN EL ARTICULO 177 COMO ACTUACION DE LA GESTION INTERPRETATIVA EN EL MARCO COMUNITARIO

Para lograr una interpretación uniforme del Derecho comunitario, y una apreciación uniforme de la validez de los actos de Derecho derivado, los autores del Tratado CE han inventado el proceso de remisión prejudicial del artículo 177 (29). No es posible, ni necesario, exponer aquí las ramificaciones de este procedimiento jurídico. Me bastará poner de relieve aquí unos aspectos básicos del proceso interpretativo en tal contexto.

#### I. UN PROCESO DE «COOPERACIÓN» Y «DIÁLOGO»

La doctrina bien establecida en relación con el artículo 177, desde la sentencia *Schwarze*, dice que esa tramitación sirve para asociar al juez nacional y al Tribunal de Justicia en una interpretación del Derecho comunitario que sea simultáneamente conforme a los objetivos del proceso comunitario y adaptada a las posibilidades jurídicas a nivel nacional (30). El problema es determinar cuáles son, en esta comunicación y transacción entre lo central y la periferia, los papeles distintos de unos y otros.

Aquí nos será de utilidad lo dicho acerca de la formulación previa del problema contencioso a la luz del sistema global. Pues bien, esta primera fase de exploración —la «problematización» como dijimos— está entera-

(28) M. HILF, «Comparative Law and European Community Law», in Bernhardt, Ed., *Encyclopedia of Public International Law*.

(29) Véase mi trabajo sobre la negociación de los Tratados europeos, «Les travaux du 'groupe juridique' dans la négociation des Traités de Rome», *Studia diplomatica (Chronique de Politique Etrangère)*, Bruxelles, XXXIV (1981), pp. 159-178, esp. p.173.

(30) Sentencia *Schwarze*, 1.12.1965.

mente en las manos del juez nacional, no del juez comunitario. La práctica permite hacerle al juez ciertas recomendaciones a este respecto.

La primera es que, aunque sea al juez nacional a quien corresponde apreciar la «pertinencia» de la pregunta y formular el contenido de la misma, le conviene consultar sobre ello a las partes, si no son ellas mismas quienes sugieren o piden la remisión. Lo que muestra que el juez normalmente está precedido en su exploración por las partes y por los abogados de éstas. La historia del recurso prejudicial muestra que, en realidad, el éxito del artículo 177 se debe a la sensibilización de las partes, por lo que refiere a los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario, a la iniciativa de los abogados y a la comprensión, por el juez, de la problemática planteada ante él (31).

La segunda recomendación es que en la formulación de la pregunta el juez se mantenga en su propio nivel, es decir, que formule de manera concreta y sencilla el problema que se encuentra planteado ante él, en vez de encerrar al Tribunal de Justicia en un laberinto predeterminado de cuestiones abstractas. Lo que no impide de ninguna manera que el Juez exprese sus dudas o su perplejidad sobre el asunto. La importancia de esto puede apreciarse por la frecuencia de los casos en que el Tribunal de Justicia se ve obligado a re-enfocar o simplificar el problema para poder dar una respuesta pertinente y útil. Pienso que hasta ahora la sentencia *Pigs Marketing Board* es el mejor ejemplo de la deferencia con la que el Tribunal de Justicia ha ayudado a un juez nacional en el planteamiento correcto de su asunto y lo ha protegido contra las interferencias de su propio gobierno nacional en el planteamiento del verdadero problema. Para hacer el contraste, se recomienda una lectura de las preguntas del más alto nivel de abstracción que suele formular la Corte Suprema de Cassazione Italiana (32).

---

(31) El desarrollo de la jurisprudencia ha sido favorecido por una serie de casos ejemplares (*test-cases*) bien seleccionados. El más conocido es el asunto *Rewe* («Cassis de Dijon»), sentencia del 20.2.1979, que ha creado la brecha esencial para la creación de un mercado sin fronteras, bien anteriormente a la declaración incluida más tarde en la llamada Acta Unica Europea.

(32) Comparar las sentencias *Pigs Marketing Board*, del 29.11.1978, y *SIOT*, del 16.3.1983, bajo el ángulo de las preguntas planteadas por los jueces nacionales y de la reacción del Tribunal.

## 2. QUIÉNES PUEDEN Y NO PUEDEN INTERPRETAR EL DERECHO COMUNITARIO, QUIÉNES QUIEREN Y NO QUIEREN APLICARLO

Extrañas preguntas. Como sabemos, el artículo 177 distingue dos categorías de jueces: aquellos para los que la remisión prejudicial es facultativa y aquellos para quienes es obligatoria; en otras palabras, entre los que pueden y los que no pueden interpretar el Derecho comunitario por su propia autoridad —sabemos que según el artículo 177 los tribunales supremos pertenecen a la segunda categoría. La *ratio* de esta regla es evidente: no es permisible que se cristalicen al más alto nivel judicial de los Estados miembros jurisprudencias incongruentes, que no pudieran corregirse mediante un recurso de Derecho interno. En cambio, la remisión es facultativa para todos los demás, de manera que es perfectamente imaginable que un juez de nivel inferior aplique e interprete el Derecho comunitario sin remisión previa. Esta situación jurídica requiere algunas observaciones particulares.

a) En primer lugar, la economía procesal aconseja que el juez nacional de base, en vez de pronunciarse directamente sobre problemas de Derecho comunitario, haga uso de la posibilidad de remisión prejudicial, lo que tiene la doble ventaja de que no sólo se resuelve el problema contencioso desde la primera instancia, sino también que se establece en el mismo instante una jurisprudencia en el ámbito de toda la Comunidad, lo que es un fantástico multiplicador para el juez nacional.

b) Hay que observar que un problema particular surge en el caso de la apreciación de validez de actos comunitarios, ya que una declaración de invalidez de tal acto por un tribunal nacional puede quebrantar la eficacia del sistema de Derecho comunitario. Por ello el Tribunal de Justicia decidió, en el asunto *Foto Frost*, que cuando el juez nacional se inclina por considerar inválido un acto de Derecho comunitario, no puede pronunciarse antes de haber sometido el asunto al Tribunal de Justicia (33). En otras palabras, en este contexto particular cualquier juez nacional está obligado a realizar la remisión previa.

c) El problema más preocupante en esta perspectiva es la resistencia que ciertos tribunales de alto nivel en la Comunidad han opuesto al funcionamiento normal del mecanismo de remisión prejudicial. No quiero volver sobre conflictos ya extinguidos. Actualmente se trata sólo de los Tribunales Constitucionales. En diversas ocasiones estos Tribunales se

---

(33) Sentencia *Foto Frost*, de 22.10.1987.

pronunciaron sobre cuestiones relativas a los fundamentos de la Comunidad y de su Derecho, en asuntos como la delimitación de competencias o la protección de los derechos humanos, pero en ningún caso se buscó el diálogo con el Tribunal de Justicia a través del proceso de remisión prejudicial. En todos los casos dichos tribunales trataron de imponer sus opiniones unilateralmente. Tales actuaciones estuvieron acompañadas invariablemente de una amenaza, explícita o implícita, en el sentido de que, si la Comunidad no se conformaba a las exigencias del Tribunal respectivo, el Estado miembro no quedaría obligado por actos considerados por él como cumplidos *ultra vires*. Debido a tales pronunciamientos la Comunidad se encuentra en este momento encerrada en una camisa de fuerza heterogénea constituida por una acumulación disparatada de vetos preventivos.

La decisión mas ofensiva en este sentido es la sentencia reciente del Tribunal Constitucional alemán en el asunto *Maastricht*, dirigida principalmente, no al problema planteado ante él (la compatibilidad de dicho Tratado con la Constitución alemana), sino a la estructura existente de la Comunidad y a ciertos aspectos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de su método de interpretación, en particular la doctrina del *effet utile* que, erróneamente, considera como un método de interpretación extensiva, lo que no es, porque el «efecto útil» no es más que un principio de eficacia práctica. No es admisible que un tribunal nacional pretenda poner de nuevo en tela de juicio y tratar de modificar unilateralmente el alcance de un compromiso internacional debidamente ratificado. Hay aquí un conflicto abierto y un esclarecimiento parece inevitable. De todas maneras no es admisible que un tribunal nacional utilice métodos de presión y chantaje judicial en vez de diálogo (34).

### 3. PROBLEMAS REFERIDOS AL «PUNTO DE CAÍDA» DE LA SENTENCIA PREJUDICIAL

Al final del procedimiento prejudicial, el asunto vuelve a las manos del juez de origen con la interpretación del Tribunal de Justicia. Nadie pone en duda que tal sentencia debe ejecutarse de buena fe. Pero la práctica reciente muestra que la ejecución puede causar problemas cuando el Tri-

(34) Bundesverfassungsgericht, Sentencia de 12.10.1993, *Entscheidungen des B.Verf.Ger.*, 1994, pp. 155, véanse en particular las pp. 210-212.

bunal de Justicia recurre a procedimientos «constructivos» de interpretación.

A tal efecto tenemos en la reserva un adagio que dice: *Ubi ius ibi remedium*. Aunque sea latín, este refrán refleja el pensamiento jurídico más moderno, según el cual el fenómeno fundamental es el Derecho material, mientras que los trámites procesales sólo tienen un carácter instrumental en relación con el fondo del Derecho. Es la diferencia, según la sistemática alemana, que me permito citar una vez más, entre lo que se llama *materialrechtliches Denken* y *aktionenrechtliches Denken*, es decir, el pensamiento en categorías de Derecho material contra el pensamiento en categorías de remedios procesales. La idea es que la función del proceso judicial es consolidar, y no condicionar la vigencia del Derecho material. Debemos tener cuidado aquí de que no se invierta nuestro adagio en un: *Ubi remedium ibi ius*, lo que caracteriza la actitud fundamental del *common law*, donde aparentemente la existencia de un derecho subjetivo se deduce de la existencia de la *action*, y no a la inversa (35).

Este problema surgió de manera aguda en el asunto *Factortame*, donde resultó que, en una materia regulada por el *common law*, los jueces británicos se consideraron incapacitados para otorgar medidas cautelares en forma de suspensión de una ley considerada *prima facie* incompatible con el Derecho comunitario. La respuesta del Tribunal de Justicia dice lo siguiente: «...un órgano jurisdiccional nacional, que esté conociendo de un litigio relativo al Derecho comunitario, debe excluir la aplicación de una norma de Derecho nacional que considere que constituye el único obstáculo que le impide conceder medidas provisionales». Este es el punto culminante de una jurisprudencia constante desde el asunto *Just*, sobre reembolso de impuestos percibidos en violación del Derecho comunitario, hasta *Franovich*, donde se trata de la responsabilidad del Estado en caso de incumplimiento de una obligación emanada del Derecho comunitario. Según esta percepción corresponde al juez nacional escoger entre las posibilidades ofrecidas por el Derecho civil, administrativo, fiscal o cualquier otra ramificación, el procedimiento más adecuado para materia-

---

(35) Aunque las *forms of action*, muy parecidas a las fórmulas pretorianas del Derecho Romano, fueron suprimidas al final del Siglo Diecinueve, el pensamiento jurídico del *common law* queda fundamentalmente impregnado por el *aktionenrechtliches Denken*, según la fórmula bien conocida de MAITLAND: *The forms of action we have buried, but they still rule us from their graves* (BAKER, *op. cit.*, p. 81).



lizar en el ámbito nacional la substancia del imperativo de la ley comunitaria (36).

En definitiva, en el proceso de interpretación lo que cuenta son menos los métodos que la *intención*: que el Derecho que nos es común despliegue sus efectos del mismo modo en toda la Comunidad. El mejor incentivo a tal fin me parece ser, desde la perspectiva del juez nacional, la idea de la debida protección de los derechos individuales, bajo su forma más intensa que es el *horror* de la denegación de justicia, como Lord Mackenzie Stuart lo describió con su irresistible candor. A la luz de esta conclusión aparece que el término «interpretación» abarca sentidos y dimensiones que, en una vista superficial, no parecía contener.

---

(36) Las etapas de esta jurisprudencia son: las sentencias *Just*, de 27.2.1980, *Factortame*, de 19.6.1990, y *Francovich*, de 19.11.1990.

