

Las implicaciones constitucionales del incumplimiento del deber de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Una aproximación «post-Lisboa»)*

Joaquín Huelin Martínez de Velasco

Magistrado del Tribunal Supremo
Antiguo letrado del Tribunal Constitucional y del
Tribunal de Justicia UE

RESUMEN:

Una discusión ya antigua: las consecuencias del incumplimiento por un juez nacional del deber de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En particular, su incidencia sobre el derecho a obtener la tutela judicial efectiva. La posición del Tribunal Constitucional español ha evolucionado con el paso de los años y, partir de la STC 58/2004 (con sus epígonos: SSTC 194/2006 y 78/2010), ha clarificado algo su posición. No obstante, el debate no está cerrado. Por un lado, esa doctrina necesita ser perfilada y, por otro, debe adaptarse a un escenario “post-Lisboa”, singularmente al nuevo papel de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y al deber de los Estados miembros de establecer vías de recurso que garanticen la tutela judicial en los ámbitos cubiertos por el derecho de la Unión. Un nuevo escenario en el que el Tribunal Constitucional español, como juez comunitario, está llamado a cumplir un relevante papel.

ABSTRACT

An old debate: the effects of default by a national court of the duty to raise preliminary ruling to the Court of Justice. Especially: its effects on the right to effective judicial protection. The Spanish Constitutional Court’s jurisprudence has evolved over the years and, since 2004 (judgments 58/2004, 194/2006 and 78/2010), has clarified its position. However, the debate is not closed. First, this doctrine should be refined and, secondly, it should be adapted to a “post-Lisbon” scenario. Particularly to the new role for the Charter of the Fundamental Rights of the European Union and to the duty of the Member States to provide remedies sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by Union law. A new scenario in which the Spanish Constitutional Court, as a Community court, could play an important role.

* Luis María Díez-Picazo Giménez, Ignacio Borrajo Iniesta, Dimitry Berberoff Ayuda y Daniel Sarmiento Rodríguez-Escudero son cuatro amigos que no necesitan presentación. Sin su imprescindible concurso, sus atinados consejos y su infinita paciencia este trabajo no sería el mismo. Le faltaría rigor, chispa, empuje y pasión.

Palabras clave: Tratado de Lisboa; Tribunal de Justicia de la UE; Cuestión prejudicial; Incumplimiento del deber de plantear cuestión prejudicial; Derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías; Tribunal Constitucional; SSTC 58/2004, 195/2006 y 78/2010.

Keywords: Treaty of Lisbon; Court of Justice; Preliminary ruling; Breach of duty to raise preliminary ruling; Effective judicial protection; Fair trial; Spanish Constitutional Court; Judgments 58/2004, 195/2006 and 78/2010.

Fecha recepción original: 30 de junio de 2011

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: UNA TAREA COMPARTIDA
 - III. EL PAPEL DE LOS JUECES NACIONALES EN EL PLANTEAMIENTO DE CUESTIONES PREJUDICIALES
 - IV. UN NUEVO PANORAMA: LA UNIÓN EUROPEA «POST-LISBOA»
 - V. EL «ESTATUTO» DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DESPUÉS DEL TRATADO DE LISBOA
 - VI. LAS CONSECUENCIAS DE LA FALTA DEL PLANTEAMIENTO DE UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL
 - VII. CONCLUSIONES
-

I. INTRODUCCIÓN

1. Creo que nuestro Tribunal Constitucional no ha sabido encontrar su sitio en el entramado institucional de la Unión Europea. Aunque su incomodidad ha ido disminuyendo con el paso del tiempo, durante muchos años ha dado la impresión de que la dimensión jurídica del proceso de integración en el Viejo Continente no fuera con él. La doctrina que emana de sus sentencias respecto del derecho comunitario¹, según subrayó hace algunos años Dámaso RUIZ-JARABO COLOMER², se sustenta en tres afirmaciones, que han abierto la puerta a otras tantas deserciones: **(a)** ese ordenamiento jurídico incumbe exclusivamente a los jueces ordinarios, por lo que no le corresponde controlar su aplicación, **(b)** no cabe invocarlo para fundamentar una violación de la Constitución y **(c)** no altera el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

El primero de tales asertos nació, a su vez, de dos constataciones irrefutables: el derecho comunitario no goza de rango constitucional y, por ende, no representa un canon ni un parámetro de constitucionalidad³. Ahora bien, la carencia de tal rango no conlleva su falta de «relevancia constitucional»⁴. La tarea del Tribunal Constitucional no consiste, es cierto, en defender el orden jurídico de la Unión Europea, sino la Constitución⁵, pero, como enfatizó RUIZ-JARABO, del mismo modo que la aplicación del derecho ordinario interno por los poderes públicos es susceptible de desembocar en una lesión de la Norma Fundamental que reclame su actuación, las del ordenamiento comunitario puede convertirse también en cauce de infracciones que precisen su intervención⁶.

¹ Aun a riesgo de pérdida de rigor conceptual y por razones puramente estéticas, en el texto utilizo indistintamente, como si fueran sinónimas, las expresiones derecho y ordenamiento «comunitario» y derecho y ordenamiento «de la Unión Europea».

² RUIZ-JARABO COLOMER, D., «Reflexiones sobre el Tribunal Constitucional español como juez comunitario», en HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., y ZAMORA ZARAGOZA, F. J. (Dir.), *La articulación entre el derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 185-201.

³ Esta última afirmación, que ya había sentado sus reales en la doctrina constitucional a finales de la década de los años ochenta del siglo pasado (SSTC 252/1988, de 20.12.1988, FJ 2º, y 132/1989, de 18.7.1989, FJ 12º), abrió la puerta al primer aserto, concebido en la STC 64/1991, de 22.3.1991, en la que el Tribunal Constitucional calificó al derecho comunitario de «infraconstitucional» (FJ 4º).

⁴ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., «El derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 54, 1998, pp. 255 a 272.

⁵ RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., «Tribunales constitucionales y derecho comunitario», *Hacia un nuevo orden internacional europeo (Estudios en homenaje al profesor Manuel Díez de Velasco)*, Tecnos, Madrid 1993, p. 1197.

⁶ *Op. cit.* en la nota 2, p. 189.

Tal desencuentro con el derecho comunitario ha tenido reflejo en su doctrina cuando se le ha pedido que, por el cauce del recurso de amparo, controle la negativa de un juez español a dirigirse a título prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Tribunal de Justicia»). En sus primeros pronunciamientos entendió que esa negativa carece de incidencia sobre el artículo 24 de la Constitución, incluso si el órgano jurisdiccional estaba obligado a ello. Negó dimensión constitucional a la queja, razonando que el reenvío prejudicial se regula en una norma del ordenamiento de la Unión Europea⁷, que no es canon de constitucionalidad, por lo que no le incumbía garantizar su respeto, añadiendo, so pretexto de su similitud con la cuestión de inconstitucionalidad, que, como ocurre con esta última, la decisión de acudir al mecanismo prejudicial incumbe en exclusiva al órgano judicial que resuelve el litigio, de modo que su actuación no lesiona, en principio, garantía constitucional alguna⁸.

Ahora bien, la semejanza entrambos mecanismos es superficial, pues sólo tienen en común que acuden a la técnica del reenvío y requieren que la disposición a la que afecten sea la *norma decidendi*. Nada más. Las diferencias son, sin embargo, de calado, ya que responden a fundamentos distintos.

La cuestión de inconstitucionalidad es consecuencia del monopolio de rechazo que ostenta el Tribunal Constitucional y de la doble sujeción de los jueces ordinarios a la ley y a la Constitución. Cuando uno tenga dudas sobre la conformidad con la Norma Fundamental de una ley postconstitucional, debe detener su juicio y dirigirse al máximo intérprete de la Constitución para que, en su caso, depure el sistema expulsando la ley que la contradice y, despejado el camino, resolver el litigio en consecuencia. Ahora bien, la exclusividad no va más allá. Los órganos del poder judicial pueden inaplicar las leyes anteriores a la Constitución que la vulneren (disposición derogatoria, apartado 3) y gozan, sin límites, del poder de interpretarlas todas.

Por el contrario, la cuestión prejudicial de derecho comunitario encuentra su razón de ser en otro monopolio, más intenso y más extenso, el del Tribunal de Justicia, que no sólo afecta a la validez del derecho derivado sino que también alcanza a su interpretación, incluida a la del componente originario del ordenamiento de la Unión. Esta disparidad sustancial no puede dejar de tener consecuencias, como se verá más adelante.

2. El Tribunal Constitucional dio un golpe de timón a su posición tradicional sobre la cuestión prejudicial en la STC 58/2004, situando su doctrina en un nuevo rumbo que ratificó en la STC 194/2006. En estos dos pronunciamientos considera infractora de artículo 24 de la Constitución española la decisión jurisdiccional consistente en inaplicar una norma legal interna por ser contraria al ordenamiento jurídico comunitario sin plantear previa-

⁷ En la actualidad, en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada publicada en el *DOUE*, nº C 83, de 30.3.2010, p. 47).

⁸ SSTC 111/1993, de 25.3.1993, FJ 2º; 180/1993, de 31.5.1993, FJ 2º; 201/1996, de 9.12.1996, FJ 2º; y 203/1996, de 9.12.1996, FJ 2º.

mente la correspondiente cuestión prejudicial de interpretación ante el Tribunal de Justicia. Para el Tribunal Constitucional tal proceder resulta contrario a los derechos a obtener la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías.

A la vista de esas dos decisiones y bajo la cobertura de un título extravagante para un texto jurídico⁹, tuve ocasión hace menos de dos años de escribir unas breves líneas acerca de la nueva posición del Tribunal Constitucional. Reflexioné entonces en muy «poco espacio» sobre una cuestión de «mucho calado» y me pregunté si, a la vista del supuesto abordado en la STC 58/2004, para el máximo intérprete de nuestra Constitución la quiebra se producía porque el juez ordinario soslayó la ley sin plantear la cuestión prejudicial no dándose las condiciones exigidas por la doctrina *Cilfit*¹⁰ o, más sencillamente, porque lo hizo apartándose de la aplicación que otros tribunales españoles habían hecho de los criterios interpretativos fijados por el Tribunal de Justicia en una sentencia anterior¹¹. La duda no resultaba baladí, porque si la respuesta correcta era la primera cabía entender que, por fin, el Tribunal Constitucional había decidido encarar, desde la perspectiva del artículo 24 de la Constitución, el examen de aquellos supuestos en que un juez decidía zanjar un litigio en el que estuviere implicado el derecho comunitario actuando manifiestamente al margen del mismo o sin seguir los cauces interpretativos y de aplicación de insoslayable cumplimiento. Por el contrario, si la solución acertada fuere la segunda, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional no arraigaría tanto en la preterición del sistema de fuentes del derecho de la Unión como en el apartamiento inmotivado de un criterio jurisprudencial que conduce al indeseado resultado de dejar inaplicada una ley que no presenta tacha alguna de inconstitucionalidad o de «incomunitariedad».

La incógnita la despejó la STC 194/2006, que permitía concluir que la *ratio*

⁹ HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., «Kafka se pasea por Doménico Scarlatti», *Derecho y Jueces*, nº 51, 2009, pp. 3-4.

¹⁰ STJ de 6.10.1982, as. *Cilfit y otros* (283/81), apartados 13 a 21.

¹¹ La STC 58/2004 juzgó que vulneraba los mencionados derechos fundamentales la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de resolver un litigio obviando una ley (en el caso, autonómica) sobre la tasa fiscal del juego, que consideró contraria al artículo 33 de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de los negocios – Sistema común del impuesto sobre el valor añadido: base imponible uniforme (*DOUE* nº L 145, de 13.6.1977, p. 1) –en lo sucesivo, «Sexta Directiva»–. El supuesto era, en realidad, límite, pues ya existía un pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre el particular provocado por la Audiencia Nacional [STJ] de 26.6.1997, as. *Careda y otros* (C-370/95, C-371/95 y C-372/95), apartados 14, 18 y 26], en el que fijó los parámetros que los jueces nacionales han de valorar para apreciar si un tributo interno se opone a aquel precepto comunitario. Pues bien, se daba la circunstancia de que el Tribunal Supremo y otros Tribunales Superiores de Justicia, aplicando esos parámetros en sentencias anteriores a la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, habían estimado que la creación de una tasa fiscal sobre el juego no entra en colisión con el artículo 33 de la Sexta Directiva.

decidendi en la STC 58/2004 era la primera de las dos expuestas. Ahora bien, el supuesto de hecho que se encontraba en la base de este nuevo pronunciamiento volvía a introducir las sospechas, y esta vez más inquietantes¹², ya que, de lo que decía y, sobre todo, de lo que callaba, cabía deducir que estaba en el ánimo de los jueces de Doménico Scarlatti considerar que la decisión de un tribunal ordinario de descartar una ley contraria al derecho comunitario infringe el artículo 24 de la Constitución aun cuando se den las condiciones de la doctrina *Cilfit* y no resulte menester plantear cuestión prejudicial (recuérdese que la norma inaplicada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Las Palmas reproducía otra disposición anterior cuyo desencuentro con el derecho comunitario ya había declarado el Tribunal de Justicia). Tal visión casaría mal con la jurisprudencia comunitaria y con los poderes que atribuye a los jueces nacionales para garantizar la efectividad del derecho de la Unión¹³.

¹² El Tribunal Constitucional otorgó amparo al Gobierno canario por haber resultado vulnerados sus derechos a obtener la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso público con todas las garantías porque la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Las Palmas, del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias descartó, sin dirigirse al Tribunal de Justicia, el artículo 10.1.13 de la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias (BOE de 8.6.1991), que reproducía un precepto idéntico de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del impuesto sobre el valor añadido (BOE de 29.12.1992), cuya oposición al derecho comunitario había sido declarada en la STJ de 7.5.1998, as. *Comisión/España* (C-124/96). Anulada su sentencia, la Sala de Las Palmas se dirigió al Tribunal de Justicia para interrogarle acerca de los efectos de su decisión en el asunto C-124/96 sobre el mencionado precepto de la Ley 20/1991. En ATJ de 16.4.1998, as. *Club Náutico de Gran Canaria* (C-186/07), el Tribunal de Justicia rechazó contestar al no existir conexión comunitaria, pues nuestro archipiélago atlántico queda fuera del ámbito de aplicación del sistema común del impuesto sobre el valor añadido. Según apunté en el trabajo mencionado en la nota 9, «el Tribunal Constitucional podía muy bien haber otorgado el amparo sin introducirse en los meandros comunitarios, limitándose a afirmar que la Sala insular no aplicó una ley postconstitucional vigente, sobre la que no incidía el derecho de la Unión Europea y sobre la que, por consiguiente, no ostentaba las facultades para desplazarla que, eventualmente, le confiere ese orden jurídico de integración transnacional. Para decidir sobre la pretensión de amparo no sólo no hacía falta sino que resultaba inconveniente hacer tal viaje».

¹³ No está de más recordar que el efecto directo del derecho comunitario y su primacía permitieron al Tribunal de Justicia afirmar que los jueces nacionales están obligados a garantizar su plena eficacia, desplazando, si fuera menester, las disposiciones opuestas de la legislación nacional con abstracción de su rango y sin necesidad de esperar a su derogación o a su anulación por cualquier procedimiento constitucional [STJ de 9.3.1978, as. *Simmenthal* (107/77), apartados 24 y 26 y parte dispositiva]. Por consiguiente, han de aplicar, incluso de oficio, las normas de una directiva que tengan efecto directo, no obstante la existencia de reglas internas que las contradigan [STJ de 22.6.1989, as. *Fratelli Constanzo* (103/88)]. Este poder del juez interno se encuentra, sin embargo, acotado por el monopolio interpretativo del Tribunal de Justicia, a quien corresponde fijar la exégesis del derecho comunitario y, por ende, determinar cuáles de sus normas reúnen los requisitos para gozar de efecto directo, siendo susceptibles de invocación por los ciudadanos ante sus órganos jurisdiccionales. Así, la cuestión prejudicial resulta un trayecto que los jueces nacionales no pueden eludir, salvo que concurran las condiciones requeridas por la doctrina *Cilfit*.

Por ello, estando a la sazón pendiente de resolución el recurso de amparo 8427-2006, de igual factura que el resuelto en la STC 194/2006, me tomé la libertad de sugerir al Tribunal Constitucional que aprovechara la ocasión para solventar el dilema, pues de no hacerlo algún juez ordinario debería dirigirse al Tribunal de Justicia para preguntarle si es conforme con los principios jurisprudenciales decantados desde Luxemburgo una doctrina constitucional que considera repudiable la decisión de un órgano jurisdiccional de inaplicar una ley que estima contraria al derecho comunitario, dándose las repetidas condiciones *Cilfit*.

La STC 78/2010, que resuelve el mencionado recurso de amparo, y en la que se supera el paralelismo que la anterior jurisprudencia establecía entre cuestión de inconstitucionalidad y cuestión prejudicial (FJ 2º), no ha esclarecido, sin embargo, la cuestión de manera definitiva, aunque deja entrever algún haz luminoso. Siendo el supuesto de hecho igual al abordado en la STC 194/2006, concluye que el derecho comunitario debía quedar al margen, tanto por la materia (impuesto general indirecto canario) como por el lugar (las Islas Canarias), por lo que no procedía plantearse si la inaplicación de la Ley sin suscitar la cuestión prejudicial vulneró el derecho a un proceso con todas las garantías (FFJJ 5º y 7º). La premisa del razonamiento del Tribunal Constitucional tal vez encubra su respuesta para el caso de que la situación hubiera pertenecido a los ámbitos propios del derecho de la Unión. Parece atisbarse que, si tal hubiera sido la tesis, podría haber sido conculcado el mencionado derecho fundamental, que pertenece a la galaxia de derecho a obtener la tutela judicial efectiva, siempre y cuando se dieran las condiciones que exige la jurisprudencia para que una persona jurídica pública, como el Gobierno de Canarias, pueda invocar en cuanto titular el mencionado derecho fundamental (FFJJ 6º y 7º).

Así pues, la STC 78/2010 se aparta claramente de su precedente, la STC 194/2006, con la que comparte idéntico supuesto de hecho, llegando a resultados radicalmente distintos. Por otro lado, parece que no constituye un *overruling* respecto de la STC 58/2004, cuya doctrina quiere aquilatar, sin que, sin embargo, quede muy claro si el problema de constitucionalidad estriba en el hecho mismo de la inaplicación de una ley interna sin plantear cuestión prejudicial o en la circunstancia de que se llegue a tal resultado mediando igual omisión, en ausencia de las condiciones *Cilfit* y, por ende, interpretando el juez ordinario español por su propia autoridad las normas del ordenamiento de la Unión, con desplazamiento del órgano al que compete dicha tarea: el Tribunal de Justicia.

3. Todavía no sabemos a ciencia cierta cuál es la posición de nuestros jueces constitucionales sobre la incidencia que en el derecho a la tutela judicial efectiva tiene la decisión de un juez de resolver un litigio en el que está implicado el derecho de la Unión sin interrogar a título prejudicial al Tribunal de Justicia. Más en particular, ignoramos qué garantía de las que incorpora el artículo 24 de la Constitución española queda afectada, si es que alguna se ve involucrada, (a) cuando un órgano jurisdiccional, en una esce-

nario distinto del de la doctrina *Cilfit*, decide una controversia soslayando una norma interna porque se opone a otra comunitaria sin pedirle al Tribunal de Justicia que fije la interpretación de esta última y determine si reúne las condiciones para gozar de efecto directo. O, a la inversa, **(b)** si omite la previsión normativa del ordenamiento de la Unión Europea pese a la existencia de una repuesta prejudicial, *ad hoc* o suministrada en otro caso sustancialmente igual, que precisa el alcance con el que haya de entenderse y que evidencia su oposición con la regulación doméstica finalmente aplicada para zanjar la contienda. Tampoco conocemos cuáles sean las consecuencias para el mencionado derecho fundamental o para alguna de las garantías que se integran en su galaxia **(c)** en el caso de que un juez español realice un juicio de validez de la norma comunitaria, negativo o positivo (existiendo en este segundo caso una duda razonable), sin entablar el imprescindible diálogo con el Tribunal de Justicia y, por su propia autoridad, solvente la controversia jurisdiccional.

En resumen, aún no conocemos, al menos con la certeza que cabe exigir del máximo intérprete de la Constitución, las implicaciones para el derecho a la tutela judicial efectiva de la negativa del juez español a plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, con infracción del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo, «TFUE») ¹⁴.

El debate no es nuevo. Desde el temprano y novedoso análisis de Ricardo ALONSO GARCÍA y José María BAÑO LEÓN ¹⁵ hasta el más actual de Cristina IZQUIERDO SANS ¹⁶, muchos especialistas han terciado en el mismo ¹⁷. Poco o nada

¹⁴ Versión consolidada publicada en el *DOUE*, n.º C 83, de 30.3.2010, p. 47.

¹⁵ ALONSO GARCÍA, R., y BAÑO LEÓN, J. M., «El recurso de amparo frente a la negativa a plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 29, 1990, pp. 193 a 222. Más madrugador aún, BORRAJO INIESTA, I., «El juez español y el derecho comunitario», *Actualidad Administrativa*, n.º 25 de 1986, pp. 1417 a 1424, se interrogó sobre las relaciones entre la cuestión prejudicial y el control judicial de las leyes.

¹⁶ IZQUIERDO SANS, C., «Cuestión prejudicial y artículo 24 de la Constitución Española», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 23, 2011.

¹⁷ El propio ALONSO GARCÍA, R., *El juez español y el derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, que fue galardonado con la XVIª edición del Premio «Martínez Emperador» del Consejo General del Poder Judicial, reflexionó sobre la cooperación a través del reenvío prejudicial, sus implicaciones con el artículo 24 de la Constitución, analizando el papel que le corresponde al Tribunal Constitucional y su condición de «órgano jurisdiccional» a efectos prejudiciales. Y más recientemente, con la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la vista, ha insistido en *Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 170/2010)*, Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional, Madrid, 2011. BAÑO LEÓN, J. M., incidió de nuevo en el problema: «El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 18, 2004, pp. 465 a 481. Entre los trabajos que han visto la luz a raíz de la STC 58/2004, cabe destacar el análisis de MARTÍN RODRÍGUEZ, P., «La cuestión prejudicial como garantía constitucional: a vueltas con la relevancia constitucional del Derecho de la Unión. (A propósito de la STC 58/2004, de 19 de abril, asunto tasa fiscal sobre el juego)», *Revista Española de Derecho Constitu-*

tendría yo que añadir a sus reflexiones. Sin embargo, su *approche* al problema, que no deja de ser manifestación de otro de mayor calado, el de las relaciones entre el derecho de la Unión y los sistemas constitucionales de los Estados miembros y, por ello, entre el Tribunal de Justicia y los tribunales constitucionales¹⁸, transita por los vericuetos del derecho interno. Mediante el análisis del contenido en nuestro ordenamiento del derecho a obtener la tutela judicial efectiva y, más en particular, de las garantías a un proceso justo y al juez predeterminado por la ley, la mayoría de los autores obtienen las pertinentes consecuencias. Me propongo discurrir por derroteros distintos, por los del derecho de la Unión, para, andando el camino en sentido contrario, indagar qué exige dicho orden jurídico supranacional de los jueces domésticos, obtener conclusiones sobre sus desfallecimientos y, una vez fijadas, analizar su incidencia en el artículo 24 de la Constitución de 1978.

II. LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: UNA TAREA COMPARTIDA

4. Son bien conocidas las palabras de Robert LECOURT, Presidente del Tribunal de Justicia entre 1967 y 1976, para quien el reenvío prejudicial concilia la legítima autoridad del juez nacional con la necesaria unidad interpretativa del derecho comunitario¹⁹. Esta frase, auténtica declaración de principios, esconde la verdadera naturaleza de la tarea en la aplicación del derecho comunitario, que no incumbe únicamente al Tribunal de Justicia, sino también, de manera especial, a los jueces de los Estados miembros, en su respectivo ámbito competencial. Todos y cada uno de los titulares de la función jurisdiccional en los distintos Estados miembros reúnen la condición de juez comunitario²⁰ y, dándose las circunstancias precisas, han de asegurar su respeto.

Ahora bien, tratándose de articular un inédito orden jurídico entre sistemas

cional, nº 72, 2004, pp. 315 a 346. También el de UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., «El recurso a la prejudicial (234 TCE) como cuestión de amparo. (A propósito de la STC 58/2004, de 19 de abril de 2004, que otorga el amparo frente a una vulneración del art. 24 CE originada por incumplimiento de la obligación de plantear la cuestión prejudicial comunitaria)», *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 11, 2004, pp. 441 a 474.

¹⁸ Vid. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «La posición del Tribunal Constitucional en la articulación entre Tribunales comunitarios y Tribunales nacionales», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (Dir.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas-Colegio Libre de Eméritos, Madrid, 2002, pp. 493-507. También, RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., y DEL VALLE GÁLVEZ, A., «El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 2, 1997, pp.329 a 376; ORTIZ VAAMONDE, S., «El Tribunal Constitucional ante el Derecho Comunitario», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 61, 2001, pp. 301 a 347; y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., op. cit. en la nota 4.

¹⁹ LECOURT, R., *L'Europe des juges*, Bruylant, Bruselas, 1976, p. 226.

²⁰ Hoy ya es un clásico el estudio de RUIZ-JARABO COLOMER, D., *El juez nacional como juez comunitario*, Civitas, Madrid, 1993.

nacionales firmemente consolidados, con facilidad se comprenden las dificultades y, en particular, los riesgos de que un entendimiento dispar haga fracasar el empeño. Si no se consigue otorgar a una regla la misma fuerza y sentido en todos los rincones de la Comunidad, la tarea unificadora resultaría vana y las barreras jurídicas seguirían alzadas. Esta simple constatación pone de relieve el insustituible papel desempeñado por el Tribunal de Justicia que, situado en el corazón del sistema, ha proporcionado a través de los años respuestas a los delicados problemas surgidos en la construcción comunitaria.

Esas soluciones se han ofrecido gracias a los interrogantes suscitados por los jueces nacionales. Principios como el efecto directo del derecho comunitario en general²¹, su primacía²², incluida la de las directivas una vez expirado el plazo de transposición²³ y su efecto directo, vertical²⁴ y materialmente horizontal,²⁵ han sido decantados por el Tribunal de Justicia a golpe de sentencias. Y lo ha hecho porque jueces nacionales llamados a resolver un litigio interno regido por el ordenamiento de la Comunidad se plantearon el problema, de oficio o a instancia de parte, resolvieron que había que afrontarlo y asumieron que la cuestión debía solventarse interrogando al Tribunal de Justicia sobre el alcance o, en su caso, la validez de la norma comunitaria pertinente, huyendo de dos tentaciones igualmente rechazables: la de dar la espalda al problema, pretiriendo una norma aplicable –la comunitaria– y alterando así el sistema de fuentes o la de, actuando por libre y arrogándose un papel que no les corresponde, fijar, por sí, la interpretación del derecho comunitario e incluso concluir en su invalidez, desconociendo ese mismo sistema de fuentes al tiempo de depurarlo y de interpretarlo. Otro tanto cabe de decir de su papel en la creación de reglas como la de la interpretación del ordenamiento interno conforme a las exigencias del derecho comunitario²⁶ o paradigmas como el de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por los daños que causen a sus ciudadanos al violar el ordenamiento de la Unión²⁷.

5. Este acervo jurisprudencial, nacido de un «continuo esfuerzo en defensa del derecho comunitario»²⁸, es, pues, el resultado de una imprescindible colaboración entre contertulios que no pueden darse la espalda: el Tribunal de Justicia y los jueces nacionales. Por ello, aquel primero no ha reducido

²¹ STJ de 5.2.1964, as. *Van Gend en Loos* (26/62).

²² STJ de 15.7.1964, as. *Costa/ENEL* (6/64).

²³ STJ de 5.4.1979, as. *Ratti* (148/78).

²⁴ STJ de 19.1.1982, as. *Becker* (8/81).

²⁵ SsTJ de 5.10.2004, as. *Pfeiffer y otros* (C-397/01 a 403/01), y 19.1.2010, as. *Kücükdeveci* (C-555/07).

²⁶ STJ de 13.11.1990, as. *Marleasing* (C-106/89).

²⁷ SsTJ de 19.11.1991, as. *Francoovich y otros* (C-6/90 y C-9/90); 5.3.1996, as. *Brasserie du pêcheur y Factortame* (C-46/93 y 48/93); y 30.9.2003, as. *Köbler* (C-224/01).

²⁸ Expresión empleada por el abogado general Ruiz-Jarabo en las conclusiones que presento el 16.3.2006 en el asunto en el que fue dictada la STJ de 19.9.2006, *i-21 Germany y Arcor* (C-392/04 y 422/04).

a estos últimos al papel, ciertamente relevante, de interrogarle para dar efectividad al derecho comunitario en el orden interno, sino que les ha conferido también determinadas facultades, permitiéndoles incidir, sin su intermediación, sobre el sistema jurídico de la Unión Europea.

Les ha negado competencia para declarar por sí mismos la invalidez de los actos comunitarios, pero para llegar a este puerto previamente les ha reconocido la facultad de enjuiciarlos y, si el examen les conduce a un resultado positivo, proclamar su validez²⁹. Al Tribunal de Justicia le corresponde el monopolio para repudiar los actos y las disposiciones aprobados por las Instituciones que, vulnerando el principio de jerarquía normativa, contradigan determinaciones de rango superior, pero los tribunales de los Estados miembros, en cuanto jueces comunitarios, pueden verificarlos y, si deducen su conformidad, obrar en consecuencia y aplicarlos.

Aún más, aunque no les cabe expulsar del mundo del derecho las normas de la Unión inválidas, en cuanto árbitros de su propio sistema pueden dejar en suspenso la ejecución de un acto administrativo interno, adoptado en ejecución de una reglamentación comunitaria que estimen nula, en tanto el Tribunal de Justicia resuelve la pertinente cuestión prejudicial de validez³⁰.

Hay aquí una mayor intensidad en la intervención de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. No quedan ya reducidos al pasivo papel de consultantes, en busca de una respuesta que ha de trazarles el camino para zanjar el litigio que están llamados a resolver, sino que se convierten en actores, suben a la escena y manejan alguno de los hilos de la trama. No puede ser de otra forma si se tiene en cuenta que se trata de interpretar y de aplicar normas jurídicas que forman parte del sistema de fuentes al que están sujetos. Esa sujeción en el derecho español se produce por mandato constitucional, pues no otro es el alcance que cabe otorgar a los artículos 93 y 96 de la Norma fundamental.

III. EL PAPEL DE LOS JUECES NACIONALES EN EL PLANTEAMIENTO DE CUESTIONES PREJUDICIALES

6. En otros términos, los jueces españoles somos jueces comunitarios, y lo somos porque el ordenamiento jurídico de la Unión Europea forma parte del sistema de fuentes que nos compete interpretar y aplicar, al que estamos positivamente vinculados, porque así lo quiso el constituyente (artículos 117 y 9.1 de la Constitución española).

Ocurre, sin embargo, que al igual que en relación con la legalidad constitucional nuestras potestades se encuentran acotadas por la atribución a un órgano específico del monopolio para depurar, en defensa de la Constitución, las determinaciones legislativas que la contradigan, tratándose de la legalidad comunitaria existe también un reparto de papeles.

²⁹ STJ de 22.10.1987, as. *Foto Frost* (314/85).

³⁰ STJ de 21.2.1991, as. *Zuckerfabrik* (C-143/88 y C-92/89).

Debemos resolver los litigios en los que esté concernida esa legalidad interpretándola y aplicándola, no cabe la menor duda. Pero, para aplicar una norma comunitaria, en primer lugar se ha de saber si tiene efecto directo y, por ello, si puede ser invocada por los justiciables ante su juez, incógnita que sólo le cabe despejar al Tribunal de Justicia, pues es tarea que forma parte de la labor hermenéutica. De ser así, corresponde a ese mismo Tribunal fijar la exégesis con la que debe ser aplicada. Sólo por excepción, cuando ya exista un pronunciamiento declarando ese efecto directo o fijando el alcance de la norma y, en general, cuando concurren las condiciones de la doctrina *Cilfit*, puede el órgano nacional prescindir del cauce prejudicial por la sencilla razón de que el objetivo al que sirve ya está cumplido. Si bien se mira, esa doctrina no apodera al juez interno para interpretar por su propia autoridad el derecho comunitario, sino simplemente le descarga de la obligación de preguntar al Tribunal de Justicia porque no hay nada que aclarar o explicar; si no hay oscuridad, si todo está claro y explicado, sobra la potestad exegética.

Y ese papel incumbe a todos los jueces nacionales; si bien, en la medida en que haya vías de recurso disponibles en el orden procesal doméstico y, por ende, exista la posibilidad de que el órgano jurisdiccional superior acuerde remitirse al Tribunal de Justicia pese a no haberlo hecho el inferior, el artículo 267 TFUE, párrafo tercero, configura el planteamiento de la cuestión prejudicial como una facultad para los tribunales de instancia y un deber para el que en el seno de la controversia de que se trate tiene la última palabra en el orden jurídico interno.

Esta configuración alcanza a las cuestiones prejudiciales de interpretación y a las de validez en las que el juez tenga claro que la norma de derecho derivado no vulnera otra de derecho originario, sin que se le presente ninguna duda hermenéutica en el sentido de la doctrina *Cilfit* respecto de ambas. La configuración cambia en los casos en los que vacile sobre la validez o no dude de la invalidez de la disposición de derecho derivado, en los que el reenvío siempre es de promoción obligatoria por el monopolio de rechazo que corresponde al Tribunal de Justicia (*vid.* la sentencia *Foto-Frost*), sin perjuicio de dejar en suspenso en tanto se resuelve la cuestión prejudicial la decisión interna que la desarrolla.

7. Tal configuración no jerarquiza, sin embargo, la decisión de preguntar al Tribunal de Justicia.

La jurisprudencia comunitaria ha mantenido con reiteración que, a efectos prejudiciales, el dueño del proceso es el juez nacional, al que le corresponde examinar su pertinencia y realizar el juicio de relevancia, precisando la medida en que la interpretación y, en su caso, la validez de una previsión de derecho comunitario resulta determinante para resolver el litigio³¹. Por

³¹ SSTJ de 16.1.1974, as. *Rheinmühlen-Düsseldorf* (166/73), apartado 3; 27.6.1991, as. *Mecanarte* (C-348/89), apartado 44; 10.7.1997, as. *Palmisani* (C-261/95), apartado 20; 16.12.2008, as. *Cartesio* (C-210/06), apartado 88; y 22.6.2010, as. *Melki y Abdeli* (C-188/10 y C-189/10), apartado 41.

tanto, en principio el Tribunal de Justicia está obligado a pronunciarse. Sólo, por excepción, cabe que rehúse intervenir si resulta evidente que la interpretación del derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, si el problema que se suscita es meramente hipotético o si no se le suministran los elementos de hecho y de derecho imprescindibles para proporcionar una respuesta útil³².

Fuera de estos casos excepcionales los jueces de Luxemburgo están positivamente obligados a suministrar a su colega nacional la respuesta que les pide. Tan es así, que en ese diálogo no puede inmiscuirse un tercer contertulio (salvo los intervinientes en el incidente prejudicial), aunque le invite el propio derecho procesal interno. Por ello, a pesar de que ese derecho interno vincule al juez inferior a la valoración realizada en vía de recurso por el superior, el ordenamiento de la Unión exige que aquél, cuando examina el asunto por segunda vez tras la anulación de su primer pronunciamiento, pueda libremente acudir al Tribunal de Justicia³³.

Aún más, si planteada la cuestión prejudicial y previsto en el orden interno un recurso de apelación contra la decisión de remisión, el órgano de la alzada la revoca o modifica sus términos, el artículo 267 TFUE exige que en tales tesituras el juez que suscitó la cuestión no quede obligado a retirarla y a reanudar el procedimiento principal, desistiendo del reenvío prejudicial³⁴. Debe tener la libertad de someter al Tribunal de Justicia los interrogantes que le preocupan, si considera que la valoración jurídica efectuada por el órgano de rango superior pudiera llevarle a dictar una sentencia contraria al derecho de la Unión³⁵.

Siendo así, resulta contraria al ordenamiento de la Unión una previsión nacional que, en vía de recurso, permite a un tribunal superior desdecer con carácter vinculante al inferior que se ha remitido al Tribunal de Justicia, obligándole a hacer caso omiso de las pautas interpretativas suministradas por este último e imponiéndole las suyas propias. Una vez practicado el reenvío y obtenida la respuesta, el juez remitente debe resolver el litigio principal conforme a la interpretación plasmada por el Tribunal de Justicia, descartando las valoraciones del órgano jurisdiccional superior si, a la vista de la respuesta prejudicial, estima que contradicen el derecho de la Unión³⁶.

De este modo, una vez que el juez que conoce el litigio y que, en la disciplina del artículo 267 TFUE, no estaría obligado a plantear la cuestión prejudicial por no resolver el debate en última instancia decide consultar al

³² SSTJ de 15.12.1995, as. *Bosman* (C-415/93), apartado 61; 10.1.2006, as. *IATA y ELFAA* (C-344/04), apartado 24; 23.11.2006, as. *Asnef-Equifax y Administración del Estado* (C-238/05), apartado 17; y 19.4.2007, as. *Asociación Nacional de Empresas Forestales* (C-295/05), apartado 31.

³³ SSTJ, ya citadas, *Rheinmühlen-Düsseldorf*, apartado 4, y *Cartesio*, apartado 94.

³⁴ STJ *Cartesio*, ya citada, apartado 98.

³⁵ STJ de 9.3.2010, as. *ERG y otros* (C-378/08), apartado 32.

³⁶ STJ de 5.10.2010, as. *Elchinov* (C-173/09), apartados 30 y 32.

Tribunal de Justicia ya no hay marcha atrás, salvo que él mismo así lo acuerde. Nadie pede obligarle a retirar su pregunta. Y si no la retira, queda vinculado por la respuesta que obtenga, sin que ningún otro órgano pueda interferir en ese coloquio, ni siquiera el Tribunal Constitucional.

8. En efecto, cuando un juez encara un litigio relacionado con el derecho comunitario en el que ha de manejar una norma interna que considera contraria al derecho de la Unión y, al mismo tiempo, a la Constitución nacional, no queda privado de la facultad de dirigirse a título prejudicial al Tribunal de Justicia por el hecho de que, en su sistema procesal, la declaración de inconstitucionalidad requiera un recurso previo ante un órgano *ad hoc*³⁷.

Así, sería contraria al derecho de la Unión una normativa nacional que, ante esa duda simultánea, organizara un procedimiento incidental prioritario de control de constitucionalidad, impidiendo a los órganos jurisdiccionales dirigirse al Tribunal de Justicia y reservando al Tribunal Constitucional la tarea no sólo de contrastar la conformidad de la norma controvertida con la Constitución sino también con el ordenamiento jurídico de la Unión, de manera que si concluye que se ajusta a dicho ordenamiento el juez ordinario encargado de decidir sobre el fondo del asunto queda vinculado por esa apreciación, cerrándosele la puerta para dirigirse a los jueces de Luxemburgo³⁸.

No puede ser de otra forma si se tiene en cuenta que la «comunitariedad» de la norma nacional, de cuya constitucionalidad también se duda, requiere como presupuesto que se fije la exégesis del derecho de la Unión que ha de servir para realizar el contraste, tarea que sólo incumbe al Tribunal de Justicia.

Por consiguiente, la única manera de que aquella ordenación procesal se ajuste a las exigencias del artículo 267 TFUE es que, tanto antes como durante y después de la intervención del órgano constitucional, el juez ordinario pueda plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales que estime pertinentes. En cualquier caso, si la obligación de iniciar un incidente de inconstitucionalidad impide al juez dejar inmediatamente inaplicada una disposición legislativa nacional que considere (tras los oportunos controles, cuestión prejudicial incluida) contraria al ordenamiento de la Unión, debe no obstante quedar facultado para adoptar las medidas cautelares precisas a fin de asegurar la tutela judicial provisional de los derechos

³⁷ STJ, *Mecanarte*, ya citada, apartados 39, 45 y 46.

³⁸ STJ de 22.6.2010, as. *Melki y Abdeli* ya citada, apartados 46 y 47. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, Daniel, «Cuestión prejudicial y control previo de constitucionalidad. Comentario a la sentencia *Melki* del Tribunal de Justicia de la UE», *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 37, 2011, pp. 97 a 110, reflexiona sobre las relaciones (de prioridad) entre la cuestión prejudicial y el control de constitucionalidad de las leyes a cargo de los tribunales constitucionales.

conferidos por dicho ordenamiento y para dejarla inaplicada una vez finalizado el procedimiento incidental interno³⁹.

9. Aún más, existen situaciones en las que puede hacerse imprescindible, para garantizar la primacía del ordenamiento de la Unión y su aplicación uniforme, que la cuestión de inconstitucionalidad ceda ante la prejudicial de derecho comunitario. Piénsese en una ley interna, transposición de las disposiciones imperativas de una directiva, de cuya constitucionalidad se dude. Si las razones de su posible inconstitucionalidad se anudan a la propia directiva, resulta ineluctable preguntar al Tribunal de Justicia sobre la interpretación que deba darse a las normas de derecho comunitario. De llegarse a la conclusión de que la directiva, cuya conformidad con el derecho originario nadie discute, se opone a la Constitución, habría que actuar en consecuencia, pues las normas de derecho nacional, aun de rango constitucional, no pueden menoscabar la unidad y la eficacia del derecho de la Unión⁴⁰.

Cabe, sin embargo, que las razones que autorizan a pensar que la ley de transposición se opone a la Constitución sean esgrimibles también respecto de la directiva en su relación con el derecho originario de la Unión. En esta tesitura, la cuestión de si la directiva es válida tiene carácter previo respecto de la obligación de adaptación del derecho interno a la misma. Si se obtiene que vulnera los tratados, nada hay que incorporar al ordenamiento doméstico y la propia ley de trasposición quedará fuera de juego por oponerse al «derecho constitucional» de la Unión. De no actuarse así, pretiriendo al Tribunal de Justicia y permitiendo que el Tribunal Constitucional se pronuncie con parámetros exclusivamente internos, aquel primero podría quedar privado, en la práctica, de la posibilidad de realizar el control de validez de la directiva. Piénsese que en la actualidad esta clase de conflictos no será extravagante, una vez que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, gracias al artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (a partir de aquí, «TUE»), tiene el mismo valor jurídico que los tratados⁴¹.

IV. UN NUEVO PANORAMA: LA UNIÓN EUROPEA «POST-LISBOA»

10. Las anteriores reflexiones y el edificio conceptual que soportan constituyen el reflejo del principio de primacía, proclamado hace treinta y siete años⁴², conforme al que los tratados y los actos de las instituciones directamente aplicables, en virtud de otro principio decantado en la misma época⁴³, el de efecto directo, tienen incidencia inmediata en el derecho interno de los Estados miembros.

³⁹ STJ, ya citada, *Melki y Abdeli*, apartados 52, 53 y 57.

⁴⁰ SSTJ de 17.12.1970, as. *Internationale Handelsgesellschaft* (11/70), apartado 3, y de 8.9.2010, as. *Winner Wetten* (C-409/06), apartado 61.

⁴¹ Véase la sentencia *Melki y Abdeli*, ya citada, apartados 55 y 56.

⁴² En la STJ *Costa/ENEL*.

⁴³ STJ *Van Gend en Loos*.

Y en nuestro caso, además, esa incidencia se produce por mandato constitucional, ya que el sistema jurídico de la Unión Europea se integra en nuestro ordenamiento por el cauce de los artículos 93 y 96 de la Constitución de 1978. Pues bien, tal sistema quiere que la interpretación del derecho originario y del derivado, así como la depuración de este último, queden en manos del Tribunal de Justicia. Por ello faculta a todos los órganos jurisdiccionales para dirigirse a dicho Tribunal a título prejudicial suscitándole cuestiones de interpretación, facultad que se torna en obligación cuando la duda afecta a la validez de un elemento del derecho derivado o cuando, tratándose de la interpretación, el órgano que conoce del asunto es el que tiene la última palabra para resolver el litigio en el orden interno. Así lo demanda la irrenunciable uniformidad en la aplicación del derecho de la Unión.

Aún más, una vez que un órgano de instancia ha utilizado aquella facultad, nadie puede forzarle desde el derecho interno a desistir de la misma, pues se entiende que es el que se encuentra en la mejor disposición para determinar la medida en que la validez o la interpretación de la norma de derecho de la Unión resulta decisiva para zanjar la contienda.

Si se da la vuelta a las anteriores proposiciones, cabe afirmar que el sistema de fuentes comunitario, cuya aplicación compete a los jueces nacionales, exige que el control de su validez y su exégesis sean llevados a cabo por el Tribunal de Justicia. Esa tarea aplicativa, que conlleva la selección de la norma vigente para la resolución del litigio, reclama en numerosos casos no sólo la determinación del alcance de la regla de derecho comunitario para que el juez nacional la contraste con la interna y obtenga las oportunas consecuencias a la luz del principio de primacía, sino también la precisión de si reúne las condiciones necesarias para producir efectos directos.

Siendo así, cuando un órgano jurisdiccional obligado a plantear la cuestión prejudicial no lo hace, se presentan dos escenarios posibles. (1º) En el primero, si resuelve el litigio ignorando sin más las determinaciones del derecho de la Unión, es muy probable que violente el sistema de fuentes. (2º) En el segundo, cabe que elija la norma realizando previamente un juicio sobre la validez del derecho comunitario derivado, ofreciéndose varias alternativas: (a) que concluya en su invalidez o que llegue a la solución contraria y, en este último caso, lo haga por sí, sin darse las condiciones *Cilfit*, mediante la hermenéutica que estime correcta, tesitura equiparable a la de aquellos supuestos en las que, (b) sin estar en juego la validez de la norma derivada, resulte imprescindible su exégesis (o la de una disposición de derecho originario) y, en ausencia de aquellas condiciones, la lleve a cabo sin preguntar al Tribunal de Justicia. En esta segunda hipótesis cabría entender que el juez nacional ha resuelto la contienda inmiscuyéndose en un campo ajeno, provocado que en ese concreto aspecto sea zanjada por un juez distinto del querido por el legislador.

11. Ambos escenarios, operativos en la inicial unidad aduanera y en el mercado único que la completó, ganaron profundidad en la Unión barruntada

en el Acta Única Europea⁴⁴, alumbrada en Maastricht⁴⁵ y completada en Ámsterdam⁴⁶. Ya no se trataba del impuesto sobre el volumen de los negocios⁴⁷ o de la adjudicación de un contrato para, pongamos por caso, la construcción de una autovía de circunvalación en Atenas⁴⁸, materias propias del primer pilar, el comunitario, sino también, por ejemplo, del derecho de un ciudadano que ha sido juzgado en un Estado miembro por unos determinados hechos a no serlo de nuevo en otro por el mismo acontecer⁴⁹ o del derecho de las víctimas especialmente vulnerables a declarar en condiciones que garanticen que han de hacerlo sin menoscabo para su integridad, tanto física como psicológica⁵⁰, ámbitos propios del espacio de libertad, seguridad y justicia, disciplinado por las normas del llamado tercer pilar.

Y esa profundidad alcanzó aun mayor calado, si cabe, con la proclamación en Niza, en el año 2000, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»)⁵¹, que, según he sostenido en otra ocasión⁵², no obstante el carácter meramente programático que inicialmente se le otorgó, supuso un salto cualitativo de no escasa importancia. Si, como reza en su preámbulo, codificó y reafirmó los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidos por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, así como por determinados textos normativos; si, en suma, su contenido es emanación del acervo compartido por dichos Estados y de los compromisos internacionales que han adquirido, en particular el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, la Unión estaba obligada a respetarlos y sus tribunales (el de Justicia y los nacionales) a tutelarlos, pues así lo imponían los artículos 6 TUE y 46 TUE, letra d)⁵³.

⁴⁴ DOUE nº L 169, de 29.6.1987, p. 1.

⁴⁵ Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7.2.1992 (DOUE nº C 191, de 29.7.1992, p.1).

⁴⁶ Tratado de Ámsterdam, por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos (DOUE nº C 340, de 10.11.1997, p. 1).

⁴⁷ Disciplinado a la sazón en la Sexta Directiva.

⁴⁸ Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DOUE, nº L 199, de 9.8.1993, p. 54), codificada y fusionada con otras en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, de servicios y de obras (DOUE, nº L 134, de 30.4.2004, p. 114).

⁴⁹ Artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14.6.1985, suscrito el 19.6.1990 (DOUE, nº L 239, de 22.9.2000, p. 19).

⁵⁰ Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15.3.2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (DOUE, nº L 82, de 22.3.2001, p.1).

⁵¹ DOUE, nº C 364, de 18.12.2000, p.1.

⁵² HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., «La ciudadanía europea. ¿Un sueño al alcance de la mano?», *Autonomías: Revista Catalana de dret públic*, nº 29, 2003, pp. 53 a 77.

⁵³ La entrada en juego de los derechos fundamentales y las libertades públicas puso sobre el tapete su relación con las libertades clásicas de circulación en el seno de las

12. Superado el *impasse* del fracasado Tratado Constitucional, en Lisboa⁵⁴ se producen dos innovaciones relevantes para la indagación que me ocupa, sobre las que ya me he detenido en otra ocasión⁵⁵. Por un lado, el desvanecimiento de los límites entre el primer y el tercer pilar del derecho de la Unión y, de otro, la generalización de las técnicas de control jurisdiccional de dicho primer pilar, más intensas y de mayor profundidad⁵⁶.

En efecto, hoy son competencias de la Unión, al mismo nivel y sin distinción (bien que exclusivas o compartidas con los Estados miembros, según los casos⁵⁷), las que antaño le correspondían en virtud de uno y otro pilar, y los derechos que emanan de las mismas se tutelan con igual fuerza (por seguir con el ejemplo ya utilizado, el titular de la facultad de concurrir a un contrato público ofertado en otro Estado miembro y el de la garantía *ne bis in idem* tienen a su disposición las mismas herramientas procesales). Además, aquellas competencias se encuentran unidas con idéntica intensidad por otra transversal, la que atañe a la tutela de los derechos fundamentales y las libertades públicas enunciados en la Carta⁵⁸, cuyo valor jurídico es ya, sin ambages, el propio del derecho originario, pues así lo proclama el nuevo artículo 6 TUE⁵⁹. Es verdad que las disposiciones de la Carta no permiten ampliar las atribuciones de la Unión, pero no deja de ser cierto que, moviéndose en el ámbito de sus competencias, tanto sus Instituciones como los Estados miembros quedan constreñidos a respetarlas y a interpretarlas de acuerdo con el Convenio europeo de 1950 y, en su caso, las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros (artículos 51 y 52 de la Carta). Estas previsiones otorgan un papel relevante a los jueces nacionales en la definición para el derecho de la Unión del contenido protegible de esos derechos fundamentales.

Tratándose de una de esas garantías fundamentales, el derecho a obtener

Comunidades europeas. El Tribunal de Justicia ha ido «conciliando» las dos categorías, al resolver sus conflictos. En la STJ de 12.6.2003, as. *Schmidberger* (C-112/00), hizo prevalecer las libertades de expresión y de reunión sobre la libre circulación de mercancías. BERBEROFF AYUDA, D., ha reflexionado sobre las relaciones entrambas clases de derechos en «La Directiva 2006/123/CE y su contexto», *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº XII, 2010, pp. 17 a 46.

⁵⁴ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado el 13.12.2007 (*DOUE*, nº C 306, de 17.12.2007, p.1).

⁵⁵ HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., «Los efectos del Tratado de Lisboa sobre los pilares de la Unión Europea; una visión jurisdiccional», *Revista de Jurisprudencia. El Derecho [editores]*, año VII. nº 1, pp. 1 a 5.

⁵⁶ Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que conforme al artículo 10, apartado 1, del Protocolo nº 36, relativo a las disposiciones transitorias, las competencias del Tribunal de Justicia, incluida la prejudicial, en relación con los actos de la Unión en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal adoptados antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa siguen siendo las mismas.

⁵⁷ *Vid.* los artículos 3 TFUE y 4 TFUE.

⁵⁸ Su última publicación oficial se contiene en el *DOUE*, nº C 83, de 30.3.2010, p. 389.

⁵⁹ Versión consolidada publicada en el *DOUE*, nº C 83, de 30.3.2010, p. 1.

la tutela judicial efectiva, proclamado en el artículo 47 de la Carta, una disposición del Tratado de la Unión Europea, que ha pasado casi inadvertida, les compromete aún más si cabe. El artículo 19 TUE, apartado 1, segundo párrafo, obliga a los Estados miembros, de forma expresa y tajante, a establecer las vías de recursos necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el derecho de la Unión. Esta norma, anticipada en la STJ *Unión de Pequeños Agricultores*⁶⁰, convierte a los Tribunales nacionales en una suerte de primera instancia en este ámbito, permitiendo a los ciudadanos europeos acceder a sus jueces para hacer valer los derechos e intereses que, a su entender, les otorga el ordenamiento jurídico de la Unión.

Este precepto convierte en derecho originario una previsión que hasta ahora tenía el carácter de norma derivada para sectores específicos (*v. gr.*: los contratos públicos⁶¹) y, dados sus explícitos y tajantes términos («los Estados miembros establecerán las vías de recursos necesarias para garantizar a tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el derecho de la Unión»), no hay ningún rincón del mismo que escape a su disciplina. Se ha de tener en cuenta, además, que se trata de derecho originario atinente a una garantía ciudadana fundamental, recogida en la propia Carta, que debe interpretarse de acuerdo con los tradiciones comunes y con el convenio de Roma; constituye, pues, una norma directamente operativa. Si a lo anterior se añade que la dicción del precepto es clara y terminante, su efecto directo parece indiscutible.

Cabría afirmar que los tribunales nacionales están obligados a dar curso a cualquier pretensión fundada en el derecho de la Unión, hayan o no los legisladores internos disciplinado las vías procesales pertinentes. Y lo han de hacer exista o no normativa interna de transposición. En otras palabras, los europeos podemos hoy pedir a nuestros tribunales en asuntos que sean de su competencia que tutelen los derechos que nos reconoce la Unión con independencia de si existe un cauce procedimental específico para hacerlo y hayan o no nuestros legisladores incorporado esos derechos al sistema interno, siempre que quepa atribuir efecto directo a la norma que los reconoce.

13. No resulta baladí, en mi opinión, que la obligación de los Estados miembros de poner a disposición de sus ciudadanos los recursos necesarios para la tutela jurisdiccional de los derechos que les reconoce el ordenamiento de la Unión Europea aparezca después de afirmar que corresponde al Tribunal de Justicia garantizar el respeto del derecho en la interpretación y la aplicación de los tratados (artículo 19 TUE, apartado 1, primer párrafo) y antes de atribuirle la competencia para responder, con carácter prejudicial,

⁶⁰ STJ de 25.7.2002, as. *Unión de Pequeños Agricultores* (C-50/00 P), apartado 39.

⁶¹ Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recursos en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (*DOUE*, nº L 395, de 30.12.1989, p. 33).

a las cuestiones que sobre la interpretación del derecho de la Unión o la validez de los actos adoptados por la instituciones le susciten los jueces nacionales [artículo 19 TUE, apartado 3, letra b)].

Existe una clara conexión en el texto del Tratado entre el derecho a obtener la tutela judicial y el instrumento de la cuestión prejudicial. Si los Estados miembros están obligados a disponer en sus sistemas procesales cauces para la tutela jurisdiccional de los derechos que emanan del ordenamiento de la Unión, los jueces nacionales quedan constreñidos positivamente a protegerlos, debiendo, en su caso, dirigirse al Tribunal de Justicia para aclarar el alcance, el carácter y, si resulta menester, la validez de las normas donde esos derechos se plasman y delimitan. Si desfallecen, si no lo hacen, de alguna manera incidirán sobre la efectividad de esa tutela.

Así pues, los jueces nacionales, ante el ejercicio de una acción jurisdiccional fundada en el derecho de la Unión o en una norma interna que sea su trasposición y reflejo, deben afrontar una doble tarea. De un lado, **(a)** han de dar curso a la acción por los cauces procesales diseñados en su sistema procesal, respetando los principios de equivalencia y de efectividad⁶², y, si resulta menester, interrogar al Tribunal de Justicia sobre las exigencias que imponen dichos principios en relación con el derecho de que se trate. Por otro, **(b)** están abocados, ya en cuanto al fondo, a precisar si esa norma reconoce derechos protegibles a quien pide su amparo y, dentro de la misma indagación, si por sus términos y contenido cabe reconocerle efecto directo. Y esta tarea exige también, en los términos y con el alcance ya expresados, que miren hacia Luxemburgo y planteen la cuestión prejudicial pertinente.

Téngase en cuenta también que la «despilarización» producida con el Tratado de Lisboa ha supuesto, como ya he apuntado, la generalización de las técnicas de control jurisdiccional previstas antaño para el primer pilar. En lo que a la cuestión prejudicial se refiere, esa generalización conlleva la desaparición de las limitaciones inherentes al reenvío prejudicial que para el tercer pilar preveía el artículo 35 TUE, en el que la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia no era obligatoria para los Estados miembros y, aun cuando la aceptaran, el uso de esta técnica de reenvío no resultaba forzoso para el órgano jurisdiccional que estuviese conociendo de un litigio en el que se suscitase la interpretación o la validez de una norma del derecho de la Unión. Y, no estando constreñidos a su promoción, cabían dos

⁶² Vid. SSTJ de 16.12.1976, as. *Rewe* (33/76); 16.12.1976, as. *Comet* (45/76); 9.11.1989, as. *Bassin y Salson* (386/1987); 17.7.1997, as. *Haar Pretroleum* (90/94); 15.9.1998, as. *Edis* (C-231/96); 15.9.1998, as. *Spac* (C-260/98); 24.9.2002, as. *Gründing Italiana* (C-255/00); y 17.6.2004, as. *Recheio – Cash & Carry* (C.30/02). También la más reciente de 26.1.2010, as. *Transportes Urbanos y Servicios Generales* (C-118/08), en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en torno al principio de equivalencia en el ejercicio de acciones de responsabilidad derivada de la existencia de normas contrarias al derecho de la Unión en relación con las previstas para el caso de que la responsabilidad tenga su origen en disposiciones contrarias a la Constitución.

modalidades: bien que sólo les cupiese dirigirse al Tribunal de Justicia a los órganos cuya decisión no fuese susceptible de ulterior recurso, bien que pudiese hacerlo cualquiera. Este diseño ya es pasado.

En la disciplina del artículo 267 TFUE, como en la del artículo 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea⁶³, la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia es necesaria para todos los Estados miembros, quedando positivamente vinculados a suscitara todos los órganos judiciales si se refiere a la validez de un acto de las instituciones (doctrina *Foto-Frost*) y los que resuelven el litigio en última instancia si atañe a la interpretación, tanto del derecho derivado como del originario.

Claramente se comprende la relevancia de la tarea que, desde la entrada en vigor de las modificaciones introducidas en virtud del Tratado de Lisboa, corresponde a los jueces nacionales, máxime si el ámbito de su intervención no queda reducido a los arcanos, por seguir con el mismo ejemplo, del impuesto sobre el valor añadido o de los procedimientos para la adjudicación de los contratos públicos, sino que alcanza territorios más propios de la función jurisdiccional ordinaria en los Estados miembros: las relaciones *inter privados* y el derecho penal⁶⁴, donde la proximidad con los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos es mucho más evidente, siendo por tanto superior el riesgo de colisión. Por ello, el propio artículo 267 TUE, en su último párrafo, impone la brevedad de la respuesta por parte del Tribunal de Justicia cuando la pregunta se suscite en un asunto en el que exista una persona privada de libertad⁶⁵.

14. En definitiva, el panorama ha cambiado, y mucho. Hoy la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia es obligatoria para todos los ámbitos, siendo forzoso su planteamiento, tanto si afecta a la validez como a la interpretación de una norma del derecho de la Unión, siempre que, en este

⁶³ Última versión consolidada publicada en el *DOUE*, nº C 321E, de 29.12.2006, p. 37.

⁶⁴ El título V TFUE se dedica al «espacio de libertad, seguridad y justicia», siendo una de sus aspiraciones la cooperación civil y penal, ámbitos en el que, además de consagrarse el principio de reconocimiento mutuo, existe una clara vocación armonizadora, que no se reduce al nivel procedimental (artículos 81, apartado 1, y 82, apartado 2), sino que alcanza a la definición de algunas infracciones penales y de las correspondientes sanciones, así como a, en general, a aquellos sectores en los que resulte imprescindible para la ejecución eficaz de las políticas de la Unión (artículo 83, apartados 1 y 2).

⁶⁵ Esta última previsión alude a una nueva modalidad de reenvío (la cuestión prejudicial de urgencia) y refleja con toda claridad los nuevos ámbitos en los que las competencias de la Unión se introducen a partir del Tratado de Lisboa. En su disciplina, la sustancia del reenvío no se altera, tan sólo sus tiempos, reservándose para aquellos ámbitos en los que, antes de Lisboa, la colaboración de los tribunales nacionales con el de Justicia respondía a un perfil bajo. No obstante, el Tribunal de Justicia ha ido más allá de la propia letra del artículo 267 y ha contemplado la posibilidad [punto 37 de la Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales (*DOUE*, nº C 160, de 28.5.2011, p.1)] de aplicar el procedimiento de urgencia en los casos en los que, por ejemplo, esté en juego la patria potestad o la custodia de los hijos, cuando la competencia del juez que deba conocer el asunto en virtud del derecho de la Unión depende de la respuesta a la cuestión prejudicial.

último caso, quien resuelva el litigio sea el órgano jurisdiccional que tiene la última palabra en el orden interno en relación con la pretensión de que se trate. En otras palabras, el monopolio de interpretación y de rechazo del derecho de la Unión corresponde en todo caso al Tribunal de Justicia. No hay casi excepciones posibles por razón de la materia⁶⁶ ni, prácticamente tampoco, de la naturaleza de la duda. Las doctrinas *Cilfit* y *Foto-Frost* siguen plenamente operativas.

Están fuera de lugar los *autistas* del derecho de la Unión, que se repliegan sobre sí mismos, cerrando los ojos ante una realidad incontestable, pero también sus *freelances*, esos *outsiders* que, bajo el influjo de un europeísmo mal entendido, hacen un flaco favor al proceso de integración estableciendo criterios aislados que rompen su irrenunciable unidad exegética y aplicativa⁶⁷.

Flaco favor que, además, puede poner en entredicho la efectividad de las garantías básicas de los ciudadanos.

V. EL «ESTATUTO» DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DESPUÉS DEL TRATADO DE LISBOA

15. Una vez proclamada la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, los abogados generales del Tribunal de Justicia la interpretaron en sus conclusiones, yendo más allá de su carácter meramente progra-

⁶⁶ La utilización del adverbio «casi» tiene todo su sentido, pues la estructura de la Unión en pilares no ha desaparecido radicalmente. El Tratado de la Unión Europea y el que regula su Funcionamiento siguen contemplando esa estructura que soporta el edificio unitario. Basta con echar una ojeada a su contenido para constatarlo (véanse el título V TUE y la quinta parte TFUE para la acción exterior y la política exterior y de seguridad común –antiguo segundo pilar–, así como el título V de la segunda parte TFUE, para el espacio de libertad, seguridad y justicia, que integraba el tercer pilar de la Unión). Como consecuencia, existen aún ámbitos «inmunes» al control jurisdiccional del Tribunal de Justicia y, por ende, a la técnica prejudicial. Así, el artículo 24 TUE, apartado 1, párrafo segundo, excluye la competencia del Tribunal de Justicia respecto de las disposiciones en materia de política exterior y seguridad común, salvo cuando entronquen con las competencias de la Unión *ex* artículos 3 TFUE a 6 TFUE (artículo 40 TUE), previsión que reitera el artículo 275 TFUE. Incluso, tratándose de las materias propias del espacio de libertad, seguridad y justicia, el Tribunal de Justicia carece de competencia para comprobar la validez o la proporcionalidad de las operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas, ni para pronunciarse sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público y de la salvaguardia de la seguridad interior (artículo 276 TFUE).

⁶⁷ SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., analizó estos «personajes» de la escena comunitaria en «Los *free-lance* del derecho comunitario; la desfiguración de la doctrina *Cilfit*», en HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., y ZAMORA ZARAGOZA, F. J. (Dirs.), *La articulación entre el derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 371 a 438.

mático y declarativo⁶⁸, del mismo modo que el entonces Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas la aplicó en alguna de sus sentencias⁶⁹. Sin embargo, el Tribunal de Justicia fue más cauto, mostrándose remiso en cimentar sus pronunciamientos en las disposiciones de la Carta, siendo difícil encontrar referencias en la jurisprudencia de los primeros años tras aquella proclamación⁷⁰, ni siquiera para refutar la posición adoptada por sus abogados generales.

No obstante, antes del cambio producido con el Tratado de Lisboa y poco a poco, fiel a su estilo pretoriano, el Tribunal de Justicia trajo a colación los derechos proclamados en la Carta, si bien en conexión con otros textos donde también se reconocen o vinculando la cita con principios del ordenamiento de la Unión, como el de cooperación leal. Tal fue el caso de la sentencia *Unibel*⁷¹, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y

⁶⁸ El primero en manifestarse fue el abogado general Tizzano, quien, en las conclusiones que presentó el 18.2.2001 en el asunto *BECTU* (C-173/99), razonó que, no obstante su falta de fuerza vinculante, «no puede ignorarse, en un procedimiento que versa sobre la naturaleza y el alcance de un derecho fundamental, las formulaciones pertinentes de la Carta y [...] tampoco [...] su evidente vocación de servir, cuando sus disposiciones lo permitan, como parámetro de referencia fundamental para todos los actores [...] de la escena comunitaria» (punto 28). Meses más tarde, el 10.7.2001, el abogado general Léger presentó sus conclusiones en el asunto *Consejo/Hautala* (C-359/99 P) y afirmó que «la Carta debe constituir un instrumento privilegiado para identificar los derechos fundamentales» (punto 83), porque proclama unos valores que «tienen en común el ser compartidos unánimemente por los Estados miembros [...] Es innegable que la Carta ha situado los derechos que reconoce en el más alto nivel de los valores comunes de los Estados miembros» (punto 80). Por su parte, el abogado general Ruiz-Jarabo, en las conclusiones leídas el 4.12.2001 en el asunto *Überseering* (C-208/00), reconoció que la Carta, «sin constituir *ius cogens* propiamente dicho [...], proporciona una fuente preciosísima del común denominador de los valores jurídicos primordiales en los Estados miembros, de donde emanan, a su vez, los principios generales del derecho comunitario» (punto 59).

⁶⁹ En la sentencia de 30.1.2002, as. *max.mobil/Comisión* (T-54/99, Rec. p. II-313), el Tribunal de Primera Instancia aplicó, por un camino indirecto, el artículo 47 de la Carta al afirmar que el control judicial de la actividad de la Comisión y, por consiguiente, el derecho a la tutela judicial efectiva forman parte «de los principios generales del Estado de derecho, comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros» (apartado 57). De igual manera se condujo en las sentencias de 3.5.2002, as. *Jégo-Quéré/Comisión* (T-177/01), apartados 42 y 47; de 15.1.2003, as. *Philip Morris y otros/Comisión* (T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 y T-272/01), apartado 122; y de 5.8.2003, as. *P & O European Ferries y otro/Comisión* (T-116/01 y T-118/01), apartado 209.

⁷⁰ La sentencia de 23.10.2003, as. *RTL Televisión* (C-245/01) contiene una alusión meramente retórica al artículo 11, apartado 2, de la Carta, en cuanto consagra la libertad de opinión (apartado 38). La primera referencia sustancial se encuentra en la sentencia de 27.6.2006, as. *Parlamento/Consejo* (C-540/03), cuyos apartados 38 y 58 citan los artículos 7 y 24 relativos al respeto de la vida privada y familiar y a los derechos del niño, si bien lo hace porque en el preámbulo de la Directiva cuya validez enjuiciaba [Directiva 2003/96/CE del Consejo, de 22.9.2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (*DOUE* n° L 251, de 3.10.2003, p. 12)] invocaba expresamente la Carta.

⁷¹ STJ de 13.3.2007, as. *Unibel* (C-432/05), apartados 37 y 38. En el mismo sentido la STJ de 3.5.2007, as. *Advocaten voor de Wereld* (C-303/05), apartado 46, en relación con el principio de legalidad de los delitos y las penas y con el de igualdad y no discriminación.

la necesidad de que los órganos judiciales de los Estados miembros protejan los derechos que el orden comunitario confiere a los justiciables.

Una vez que el Tratado de Lisboa entró en vigor y que se plasmó la nueva condición de la Carta como derecho originario (artículo 6 TUE, apartado 1), el Tribunal de Justicia no ha encontrado obstáculos para acudir directamente a su contenido con el fin de fundamentar sus decisiones. En la sentencia *Kükükdeveci*⁷² ha recordado que tiene el mismo valor jurídico que los tratados para aplicar su artículo 21, apartado 1, en cuanto prohíbe la discriminación por razón de la edad y concluir que el derecho de la Unión se opone a una normativa nacional que establece que los periodos de trabajo completados por el trabajador antes de alcanzar los veinticinco años de edad no se tienen en cuenta para calcular el plazo de preaviso en caso de despido. La sentencia *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH*⁷³ ha hecho lo propio en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, proclamado en el artículo 47 de la Carta, para concluir que puede ser invocado por las personas jurídicas y que cabe que forme parte de su contenido la dispensa del pago anticipado de las costas del procedimiento y de los honorarios de la asistencia letrada. Incluso, en relación con este mismo derecho fundamental, ha acudido directamente a la Carta sin invocar el artículo 6 TUE, apartado 1, y, por ende, sin necesidad de recordar su carácter de «tratado»⁷⁴.

Poco a poco, van extendiéndose los ámbitos materiales de la Carta sobre los que tiene ocasión de pronunciarse el Tribunal de Justicia. Ha abordado la prohibición de discriminación por razón del sexo⁷⁵, el derecho a la protección de los datos de carácter personal⁷⁶ y el respeto a la vida privada y familiar⁷⁷. Valgan estos tres ejemplos para constatar los territorios en los que, al abrigo de la Carta, se va introduciendo el Tribunal de Justicia para responder a los jueces nacionales sobre cuestiones prejudiciales en las que los derechos fundamentales están implicados.

16. Esta implicación se produce con el alcance y el contenido que emana de las disposiciones transversales de la propia Carta, de modo que resulta eficaz tanto en aquellos ámbitos en los que actúen las instituciones, los órganos y los organismos de la Unión, dentro del respeto al principio de subsidiariedad, como en los que operen los Estados miembros aplicando el derecho de la Unión (artículo 51, apartado 1, de la Carta). Esta última fórmula ha de interpretarse en un sentido amplio, no limitada a aquellos casos en los que dichos Estados ejecuten aquel ordenamiento jurídico, sino com-

⁷² STJ de 19.1.2010, as. *Kükükdeveci* ya citada, apartado 22.

⁷³ STJ de 22.12.2010, as. *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH* (C-279/09), apartado 30.

⁷⁴ STJ de 10.3.2010, as. *Alassini* (C-317/08 a 320/08), apartado 61.

⁷⁵ STJ de 11.11.2010, as. *Danosa* (C-232/09), apartado 71.

⁷⁶ STJ de 9.11.2010, as. *Volker und Markus Schecke* (C-92/09 y C-93/09), apartados 45 a 47, 76 y 80 y 86.

⁷⁷ STJ de 4.3.2010, as. *Chakroun* (C-578/08), apartados 44 y 63 a 65.

prensiva de todos los supuestos en que una regulación nacional entre en su ámbito de aplicación⁷⁸. Debe ser así, pues se trata de alcanzar la uniformidad interpretativa y aplicativa del ordenamiento jurídico compartido, también en el componente que afecta a los derechos fundamentales, propósito que no se agota con la mera aplicación o ejecución, sino que también actúa, con mayor intensidad, en la trasposición y en la delimitación normativa interna.

Ha de tenerse en cuenta, además, que la propia Carta se quiere a sí misma como un documento de mínimos, pues su contenido no puede recibir una interpretación que limite los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidos, en sus respectivos ámbitos de aplicación, por el propio derecho de la Unión, los convenios internacionales en los que esta última sea parte, el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y, en fin, las constituciones de los Estados miembros (artículo 53). No podría ser de otra forma si se repara en que el preámbulo de la Carta precisa que reafirma los derechos emanados de esos convenios internacionales y de las tradiciones plasmadas en tales textos constitucionales, en cuanto comunes a los Estados miembros. Recuérdese que es la fórmula que contiene el artículo 6 TUE, apartado 3, heredero del artículo 6, apartado 2, del viejo Tratado de la Unión, donde se consagran tales derechos como principios generales del derecho de la Unión que vinculan, por ende, a todos los jueces comunitarios, los que ejercen su jurisdicción en el Tribunal de Justicia y aquellos otros que lo hacen como titulares del poder judicial en cada uno de los Estados miembros.

VI. LAS CONSECUENCIAS DE LA FALTA DEL PLANTEAMIENTO DE UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL

17. Este recorrido, somero y sumario, por la naturaleza del reenvío prejudicial y el papel que corresponde en su disciplina al juez remitente, así como por las novedades derivadas del Tratado de Lisboa y de la nueva naturaleza de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no pretende ser un vano ejercicio de erudición. Quiere tan sólo evidenciar que resulta harto difícil, casi imposible, mirar hacia otro lado y concluir que la decisión de un juez nacional de no plantear una cuestión prejudicial, de interpretación o de validez, cuando está obligado a hacerlo, no acarrea consecuencia jurídica en el círculo de los intereses jurídicamente protegibles del titular de la acción procesal.

Las reflexiones que preceden evidencian que, en una situación tal, (1) bien el juez alcanza su solución mediante una selección inadecuada de la norma aplicable, violentando el sistema de fuentes, (2) bien el litigio se resuelve,

⁷⁸ Véanse las conclusiones presentadas el 5.4.2011 por el abogado general Bot, en el asunto *Scattolon* (C-108/10), puntos 116 a 120. El propio Tribunal de Justicia se sitúa desde hace tiempo en la misma línea; basta para comprobarlo con leer la STJ de 18.6.1991, as. *ERT* (C-260/89), apartado 42.

en uno de sus aspectos (el de la interpretación del derecho de la Unión y el del control de su validez), por un órgano jurisdiccional distinto del señalado por el legislador; disfunciones ambas que (3) pueden llegar a incidir sobre las garantías fundamentales que están en juego en la aplicación del derecho de la Unión, cuyo contenido mínimo protegible es el que se les otorga en los convenios internacionales y en los derechos constitucionales nacionales, pues el catálogo de los derechos fundamentales de la Unión es emanación de unos y otros, en cuanto tradición común a los Estados miembros.

Conviene, pues, introducirse en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional para comprobar qué respuesta ofrece a semejantes situaciones.

18. Sabido es que el derecho a la tutela judicial efectiva, proclamado en el artículo 24.1 de la Constitución de 1978, se satisface cuando un órgano jurisdiccional dicta una resolución sobre el fondo del asunto⁷⁹ o cuando soslaya ese fondo por existir una causa legalmente prevista que impide abordarlo⁸⁰. En cualquier caso, esa resolución debe estar fundada en derecho⁸¹ y, por ende, debidamente motivada⁸².

La motivación, exigida en el artículo 120.3 de la Constitución, tiende a asegurar que el proceso de aplicación del derecho resulte explícito, dando a conocer el fundamento jurídico de la decisión, para, en su caso, posibilitar su control a través del sistema de recursos. Entronca así con el derecho a la tutela judicial efectiva y constituye al propio tiempo un presupuesto del ejercicio legítimo de la función jurisdiccional, cimentado en el carácter vinculante que la ley tiene para los jueces, en los términos del artículo 117.1 de la Constitución⁸³. Se trata, pues, de que el justiciable, en particular, y la comunidad jurídica, en general, conozcan las razones de la decisión judicial adoptada y, por consiguiente, su enlace con la ley y el sistema general de fuentes⁸⁴.

Tal deber no impone una especial estructura en los razonamientos de la decisión judicial, de modo que una motivación escueta y sucinta no deja, por ello, de ser motivación⁸⁵. Tampoco exige una pormenorizada respuesta

⁷⁹ SSTC 13/1981, de 22.4.1981, FJ 1º; 2/1990, de 15.1.1990, FJ 3º; y 121/1994, de 25.4.1994, FJ 1º, entre otras muchas.

⁸⁰ SSTC 37/1982, de 16.6.1982, FJ 3º; 20/1993, de 18.1.1993, FJ 2º; y 267/1993, de 20.9.1993, FJ 2º. En realidad, en estos casos la resolución judicial, más que satisfacer el derecho fundamental a la tutela judicial, pone de manifiesto que quien acciona carece del mismo, en el sentido de un pronunciamiento de fondo, según subrayaron BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y FERNÁNDEZ-FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo (una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional)*, Civitas, Madrid 1995, p.62.

⁸¹ SSTC 230/1992, de 14.12.1992, FJ 2º; y 50/1997, de 11.3.1993, FJ 3º.

⁸² STC 211/1988, de 10.11.1988, FJ 4º.

⁸³ SSTC 55/1987, de 13.5.1987, FJ. 1º, y 66/1989, de 17.4.1989, FJ 9º.

⁸⁴ STC 13/1987, de 5.2.1987, FJ 3º.

⁸⁵ STC 174/1987, de 3.11.1987, FJ 2º.

a todas las alegaciones de las partes⁸⁶. El dato decisivo radica en que los fundamentos del pronunciamiento judicial guarden relación y sean proporcionados y congruentes con el problema que se resuelve y que, a su través, puedan los litigantes conocer las razones de la decisión⁸⁷. Basta, pues, con que la motivación ponga de manifiesto que la decisión judicial adoptada responde a una concreta interpretación y aplicación del derecho ajena a toda idea de arbitrariedad, permitiendo su eventual revisión jurisdiccional⁸⁸.

Desde esta perspectiva y, por ende, desde la del artículo 24.1 de la Constitución son rechazables las resoluciones que carezcan de motivación o que ofrezcan una insuficiente⁸⁹, pero también aquellas otras que incorporen una fundamentación caprichosa, resultando imposible encontrar un nexo lógico entre la decisión y la argumentación que le sirve de cimiento. Esa radical desconexión autoriza a hablar de ausencia de motivación. Tales serían los casos en los que se produce una selección arbitraria o manifiestamente irrazonable de la norma aplicable, aquellos en los que se decide incurriendo en un error patente y, en fin, en los que el juez adopta su decisión desvinculándose del sistema de fuentes establecido⁹⁰.

Se trata de un sendero de difícil tránsito, pues no en vano la jurisprudencia constitucional resulta unánime al recordar que el derecho a la tutela judicial efectiva no se confunde con el derecho a obtener una respuesta acorde con la pretensión sustentada⁹¹, aserto que es corolario de otro asentado en el artículo 117.3 de la Constitución, conforme al que la selección de la norma aplicable en cada caso concreto es una cuestión de mera legalidad, sin relevancia constitucional, que pertenece en exclusiva a los jueces y a los tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional⁹².

Ahora bien, el Tribunal Constitucional, no sin recias críticas por parte de un sector de la doctrina⁹³, ha considerado que en tales supuestos cabe hablar de falta de motivación porque la norma considerada es manifiestamente inaplicable. En los términos de esta doctrina, no habría un derecho al acierto judicial, pero sí a que la causa se solvete sin desaciertos patentes o arbitrarios. Es verdad que las nociones de «razonabilidad», de «arbitrariedad» y de «error patente» tienen contornos difusos, de modo que su delimitación introduce un cierto grado de subjetivismo en el control, corriéndose

⁸⁶ STC 146/1990, de 1.10.1990, FJ 2º.

⁸⁷ SSTC 184/1988, de 13.10.1988, FJ 2º.b), y 25/1990, de 19.2.1990, FJ 5º.

⁸⁸ STC 196/1988, de 24.10.1988, FJ 2º.

⁸⁹ Una manifestación particular y extrema de este fenómeno se encuentra en los casos de incongruencia *ex silentio*, en los que el olvido o la omisión de la causa de pedir o de alguno de los argumentos jurídicos nucleares de la pretensión se traduce en una denegación de justicia (SSTC 116/1986, de 8.10.1986, FJ 5º, y 47/2001, de 15.2.2001, FJ 11º).

⁹⁰ SSTC 90/1990, de 23.5.1990, FJ 4º, y 126/1994, de 25.4.1994, FJ 5º.

⁹¹ SSTC 202/1987, de 17.12.1987, FJ 6º, y 201/1994, de 4.7.1994, FJ 3º.

⁹² SSTC 50/1984, de 5.4.1984, FJ 3º, y 24/1990, de 15.2.1990, FJ. 4º.

⁹³ *Vid. op. cit.* en la nota 80, pp. 68 a 73.

el riesgo de que, por este cauce, el Tribunal Constitucional se introduzca en terrenos que le están vedados.

19. Pero no lo es menos que, tratándose de la aplicación del derecho de la Unión Europea, ese riesgo de subjetivismo se diluye por la interposición de un instrumento de control normativo dispuesto por el ordenamiento, de talante objetivo: la cuestión prejudicial. En otros términos, si el juez interno resuelve un litigio seleccionando, de manera arbitraria o irrazonable o errando de forma patente, una norma que manifiestamente no es aplicable al caso es porque previamente ha incumplido su obligación de acudir al Tribunal de Justicia pidiéndole su intervención e, inmiscuyéndose allí donde no debía, ha interpretado por su propia autoridad aquel ordenamiento jurídico, depurándolo, en su caso, también de forma indebida.

Si, estando obligado, un juez interno no acude a título prejudicial al Tribunal de Justicia, al que, con el alcance que he expresado líneas más arriba, pertenece el monopolio de interpretación y de rechazo del derecho de la Unión Europea, cabe que zanje el litigio aplicando una norma distinta de la que correspondía. En esta tesitura no habrá seguido los controles normativos previstos por el ordenamiento, desvinculándose del sistema de fuentes. Resulta muy difícil negar con toda rotundidad que en un escenario tal el derecho a la tutela judicial efectiva queda indemne.

Para comprobarlo bastará con mirar hacia otro monopolio, el de rechazo de las leyes postconstitucionales contrarias a la Constitución, que corresponde al Tribunal Constitucional, cuya razón de ser, alcance y contenido son, como ya he indicado, distintos a los del Tribunal de Justicia, pero con el que, en lo que ahora interesa, comparte la misma sustancia en cuanto instrumento de control normativo previsto por el ordenamiento. ¿Qué respuesta se daría a la invocación del artículo 24.1 de nuestra Carta Magna frente a una sentencia de un juez ordinario que dejara inaplicada una ley aprobada y publicada después del 29 de diciembre de 1978 (fecha de entrada en vigor de la Constitución) por considerarla contraria a este texto fundamental, sin plantear la pertinente cuestión a los jueces de Domenico Scarlatti? La solución se encuentra en la propia jurisprudencia constitucional.

En la STC 23/1988, de 22.2.1988, el Tribunal Constitucional anuló una sentencia del extinto Tribunal Central de Trabajo que decidió el litigio obviando una ley vigente y posterior a la Constitución porque la consideró contraria a la misma, sin antes plantearle la ineludible cuestión de inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional juzgó que esa consciente desvinculación del sistema de fuentes suponía una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del justiciable, en la medida en que la resolución así adoptada no podía considerarse fundada en derecho (FJ 2º). La misma *ratio decidendi* se encuentra en las SSTC 173/2002, de 9.10.2002 (FEJJ 8º a 10º),

y 66/2011, de 16.5.2011 (FFJJ 5º y 6º)⁹⁴. Si bien se mira, igual espíritu inspira a la STC 58/2004, en cuyo caso la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña había inaplicado una norma legal interna por ser contraria al ordenamiento jurídico comunitario sin plantear previamente la correspondiente cuestión prejudicial de interpretación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

20. Se ha de tener en cuenta, además, que, como he tenido ocasión de subrayar a lo largo de este trabajo, una vez en vigor las modificaciones en los tratados acordadas en Lisboa los derechos fundamentales y las libertades públicas se encuentran en la primera línea, la de vanguardia, del ordenamiento de la Unión y de la construcción de un modelo de convivencia lo más armonizado posible en el Viejo Continente. Las garantías básicas proclamadas en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que emanan de las tradiciones constitucionales comunes y de los pactos internacionales suscritos por los Estados miembros en la materia, constituyen un acervo compartido que tiene como sustrato común aquellas tradiciones y estos pactos, así como su interpretación y aplicación, según se infiere de los apartados 3, 4 y 6 del artículo 52 de la Carta.

Siendo así, la falta de planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación de un precepto de la Carta y, en su caso, de validez de una norma de derecho derivado por su oposición a la misma puede afectar y poner en cuestión el derecho fundamental o la libertad pública concernida. En la medida en que esta garantía básica emana de aquella tradición común o de esos pactos, forma parte del catálogo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas proclamados en nuestra Constitución, que los jueces, empezando por el constitucional, están llamados a tutelar (*vid.* los artículos 53, apartados 1 y 2, y 10.2 de la Constitución). En otras palabras, aun cuando nos movamos en el exclusivo ámbito del derecho de la Unión, cuyas competencias siguen siendo las mismas (artículo 51 de la Carta), no hay compartimentos estancos, de modo que la decisión de un litigio al margen del sistema de fuentes puede afectar, además de al derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con el alcance ya expresado, al derecho fundamental sustantivo que se encuentre concernido.

De este modo, si de la selección de la norma aplicable se sigue daño para un derecho fundamental distinto del reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, se ha de poder restañar la herida a través de los remedios que ofrece el ordenamiento procesal, incluso, llegado el caso, el recurso de amparo⁹⁵, correspondiéndole al Tribunal Constitucional la tarea de contro-

⁹⁴ En esta jurisprudencia se ha detenido BORRAJO INIESTA, I., «Las fricciones jurisdiccionales en la cooperación prejudicial: los tribunales constitucionales ante el derecho comunitario», en HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., y ZAMORA ZARAGOZA, F. J. (Dirs.), *La articulación entre el derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 237 a 257.

⁹⁵ SSTC 233/1991, de 10.12.1991, FJ 4º, y 126/1994, de 25.4.1994, FJ 5º.

lar la interpretación y la aplicación de las normas «infraconstitucionales» referidas al asunto que vulneren algún derecho fundamental.

21. Esta conclusión parece indiscutible, pero no siempre ha sido así, como lo evidencia un ejemplo utilizado por RUIZ-JARABO⁹⁶, en relación con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa.

En un proceso laboral sobre pensión de invalidez, el demandante aportó para sustentar su pretensión varios documentos redactados en alemán, que fueron ignorados por el juez de lo social al dictar sentencia. En el recurso se suplicación, el interesado se quejó de que se había vulnerado su derecho, *ex* artículo 24.2 de la Constitución, a utilizar los medios de prueba para la defensa, porque el Reglamento CEE n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familiares que se desplazan dentro de la Comunidad⁹⁷, preceptuaba que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no podían rechazar las peticiones ni otros documentos que se les dirigiesen por encontrarse redactados en el idioma oficial de otro Estado miembro, quedando facultados para encomendar su traducción a la Comisión administrativa prevista en el propio Reglamento [artículos 84, apartado 4, y 81, letra b)].

El Tribunal Superior de Justicia rechazó el alegato, argumentando que la disposición europea debía aplicarse conforme a las leyes procesales españolas, que exigen que las partes acompañen traducidos los escritos redactados en lenguas extranjeras (artículo 601 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881, entonces vigente, de aplicación supletoria en el proceso laboral).

Interpuesto recurso de amparo, el Tribunal Constitucional, en la STC 45/1996, de 25.3.1996, se desentendió de la queja, declarando que la selección de las normas aplicables por el tribunal ordinario y la interpretación de su contenido no resultaban arbitrarias ni irrazonables (FJ 6º); añadió, parafraseando su sentencia 28/1991, de 14.2.1991, que la eventual contradicción de las leyes nacionales con el derecho comunitario europeo no convierte en constitucional un litigio en el que sólo hay «un conflicto de normas “infraconstitucionales”, que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria» (FJ 6º, *in fine*).

En esta ocasión, como subrayó RUIZ-JARABO, el Tribunal Constitucional se confundió. La cuestión debatida no era si el órgano judicial había seleccionado correctamente la norma o si la había interpretado o aplicado de manera razonable, no arbitraria; tampoco si el artículo 601 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 se oponía al Reglamento comunitario. Todo era más simple, como destacó en su voto particular el magistrado GONZÁLEZ CAMPOS; se trataba de saber si al demandante de amparo se le había privado de alguna facultad otorgada por el ordenamiento jurídico comunitario y si,

⁹⁶ *Vid. op. cit.* en la nota 2, pp. 190 a 193.

⁹⁷ *DOUE* n.º L 149, de 5.7.1971, p. 2.

con ese desposeimiento, se infringió su derecho fundamental a emplear los medios de prueba pertinentes para la defensa.

Los jueces nacionales son jueces comunitarios ordinarios y, en cuanto tales, han de amparar a los ciudadanos en las prerrogativas que les confiere ese ordenamiento. También el Tribunal Constitucional es juez comunitario y, en el ejercicio de su específica potestad jurisdiccional, está obligado a proteger a quienes ven conculcadas sus garantías fundamentales, como consecuencia del recorte de alguno de los derechos que les concede la Unión Europea.

La utilización de los medios de prueba para la defensa, como todos los que integran la constelación del artículo 24 de la Constitución, es un derecho de configuración legal. El Tribunal Constitucional no negaría su amparo a quien, en forma y cumpliendo las prescripciones legales, presenta un medio de prueba adecuado y relevante para la decisión de la contienda, pero al que se rechaza su petición y se desestima su pretensión por falta de prueba⁹⁸. Por lo tanto, no cabe, en principio, dar la espalda al recurrente que propone la prueba en los términos que le reconoce el ordenamiento de la Unión, más aún hoy que ese ordenamiento proclama como fundamental en sus ámbitos de actuación los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso justo (artículo 47 de la Carta), comprometiendo a los Estados miembros a establecer las vías de recursos precisas para que aquella tutela sea efectiva (artículo 19 TUE, apartado 1).

La cuestión era otra muy distinta. Una norma como la del Reglamento CEE nº 1408/71, obligatoria en todos sus términos y directamente aplicable en cada Estado miembro⁹⁹, prevalecía sobre el derecho nacional y lo desplazaba, cualquiera que fuese su rango¹⁰⁰. En realidad, el juez ordinario resolvió desvinculándose del sistema de fuentes, con repercusiones lesivas para un derecho fundamental¹⁰¹, y así debió, a mi juicio, declararlo el Tribunal Constitucional, salvo que, por la naturaleza de la norma comunitaria –una directiva, que no era el caso– o por los términos de sus proposiciones, vacilase acerca de su interpretación o de la posibilidad de su invocación directa, ante cuya tesitura procedía suspender el curso del proceso y, como juez comunitario prejudicial a efectos constitucionales¹⁰², interrogar al Tribunal de Justicia sobre el particular.

⁹⁸ Vid, por ejemplo, la STC 218/1997, de 4.12.1997, FJ 3º.

⁹⁹ Artículo 249, párrafo segundo, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (hoy artículo 288 TFUE, párrafo segundo).

¹⁰⁰ SSTJ de 15.7.1964, as. *Costa/ENEL* (6/64), y 19.11.1991, as. *Francovich y Bonifaci* (C-6/90 y C-9/90).

¹⁰¹ SSTC 23/1988, de 22.2.1988, FJ 1º, y 12/1991, de 28.1.1991, FJ 2º.

¹⁰² Otro debate de gran interés, el de la posición del Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional obligado, si se dan las condiciones exigidas por el artículo 267 TFUE y la jurisprudencia comunitaria, a dirigirse al Tribunal de Justicia a título prejudicial. A diferencia de otros órganos equivalentes en numerosos Estados miembros, nuestro Tribunal Constitucional no había encontrado la ocasión de formular un reenvío a los jueces de Luxemburgo. Sin embargo, muy recientemente, en un auto de 9 de junio de

22. Las sentencias del Tribunal Constitucional que provocan este comentario (58/2004, 194/2006 y 78/2010) consideran que, en las situaciones analizadas, queda (o puede quedar) implicado también el derecho al proceso debido (artículo 24.2 de la Constitución), en la medida en que al no plantear la cuestión prejudicial debiendo hacerlo se violó una de las garantías que lo conforman.

En efecto, corresponde al juez ordinario la selección de la norma aplicable para zanjar el litigio, pero si esa selección pasa por soslayar una norma legal por su contradicción con el derecho comunitario se hace ineludible la promoción de la correspondiente cuestión prejudicial. Si no tiene lugar, si, una vez seleccionada la ley que rige el litigio, el juez la evita so pretexto de su oposición al derecho comunitario sin antes interrogar al Tribunal de Justicia, a quien corresponde fijar la interpretación de este último o controlar su validez, desconocerá una de las garantías que integran el proceso debido, colocando al interesado en una situación de efectiva indefensión¹⁰³.

23. Así pues, no hay que hacer grandes violencias conceptuales para, en determinados supuestos, vincular con los derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso público con todas las garantías la renuncia de un juez a dirigirse al Tribunal de Justicia de la Unión Europea e interrogarle a título prejudicial sobre la interpretación y la validez del derecho comunitario, cuando esa actitud le lleva a resolver el litigio al margen del sistema de fuentes y de los controles normativos previstos en el ordenamiento para garantizar su exclusivo sometimiento a las leyes. Los mimbres se encuentran en la jurisprudencia comunitaria y en la constitucional.

También, para tales tesisuras, aparecen en los mismos lugares los hilos que conforman la urdimbre del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. Pero aquí la vinculación con el derecho fundamental resulta mucho más dificultosa. A riesgo de resultar reiterativo, debo recordar que, en ausencia de las condiciones *Cilfit*, a nadie le cabe interpretar el derecho de la

2011, adoptado en el recurso de amparo 6922-2008, el Pleno del Tribunal Constitucional ha decidido dirigirse a título prejudicial al Tribunal de Justicia para interrogarle sobre la interpretación de los artículos 47, 48.2 y 53 de la Carta, así como sobre la interpretación y la validez del artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión Marco 202/584/JAI del Consejo, de 13 de junio, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (*DOUE* n.º L 190, de 18.7.2002, p. 1). El Tribunal Constitucional se reconoce expresamente la condición de «órgano jurisdiccional» a los efectos del artículo 267 TFUE. Esta decisión parece una secuela de la STC 199/2009 y del voto particular que formuló el magistrado PÉREZ TREMPES. Sobre esta cuestión pueden consultarse los trabajos de CEDEÓ HERNÁN, M., «Vulneración indirecta de derechos fundamentales y juicio en ausencia en el ámbito de la Orden europea de detención y entrega, a propósito de la STC 199/2009, de 28 de septiembre», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 20, 2010; TORRES PÉREZ, A., «Euroorden y conflictos constitucionales: a propósito de la STC 199/2009, de 28-9-2009», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 35, 2010, pp. 441-472; y TENORIO SÁNCHEZ, P., «Tribunal Constitucional y cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Diario La Ley*, n.º 7520, 2010, pp. 1-5.

¹⁰³ SSTC 58/2004, de 19.4.2004 (FJ 14.º), 194/2006, de 19.6.2006 (FJ 5.º), y 78/2010, de 20.10.2010 (FJ 7.º).

Unión Europea que no sea su Tribunal de Justicia, y en todos los casos ningún otro órgano jurisdiccional puede depurarlo tras controlar su validez (doctrina *Foto Frost*). En otras palabras, el Tribunal de Justicia es el órgano predeterminado por la ley para decidir sobre la interpretación y la validez del ordenamiento de la Unión¹⁰⁴. Tan es así que una vez que un juez nacional, incluso no obligado a ello, decide acudir al Tribunal de Luxemburgo porque tiene una duda sobre aquella interpretación o acerca de esta validez nadie en el sistema nacional puede forzarle a desistir del reenvío. Sólo él mismo, si llega a la conclusión de que la resolución del litigio no pasa por la interpretación ni la aplicación del derecho comunitario o el proceso pierde sobrevenidamente su objeto, o el Tribunal de Justicia (y con limitaciones), cuando aprecie que la cuestión suscitada nada tiene que ver con el derecho de la Unión o es meramente hipotética, pueden dejar en vía muerta un reenvío ya realizado.

Si para esas tareas, interpretativa y de control de validez, el juez legal es el Tribunal de Justicia, cuando un órgano jurisdiccional nacional usurpa esa competencia y realiza por sí la exégesis de una norma del derecho de la Unión sobre cuyo alcance tiene dudas o la inaplica por considerarla inválida, se produce un «exceso de jurisdicción»¹⁰⁵. Si, además, se tiene presente la innegable conexión del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley con las cuestiones de competencia y el riesgo de que se vulnere cuando un asunto se sustrae indebida e injustificadamente al juez llamado por el legislador a resolverlo¹⁰⁶, no habría, en principio, que superar grandes obstáculos conceptuales y argumentales para concluir que en un escenario como el que describo el mencionado derecho fundamental pudiera quedar comprometido.

Ocurre, sin embargo, que el Tribunal Constitucional ha renunciado a encuadrar tales situaciones en el repetido derecho fundamental y ha optado por reconducirlas a la garantía de la efectiva tutela judicial y al derecho al proceso debido, como se infiere de las sentencias 58/2004, 194/2006 y 78/2010. Tal vez la razón de este posicionamiento jurisprudencial estribe en que, al fin y al cabo, el análisis de aquel «exceso de jurisdicción» pasa por determinar si había razones para que el juez dudase sobre la interpretación del derecho de la Unión, en el sentido de la doctrina *Cilfit*, no obstante lo cual decidió fijar la exégesis por sí mismo, o si descartó una norma derivada del ordenamiento de la Unión (o su reflejo en el derecho interno) por considerarla contraria al «bloque originario» de dicho ordenamiento. Indagación lúbil y, por consiguiente, de difícil acomodo en la acotación de un derecho fundamental de contornos objetivos¹⁰⁷, prefigurados en normas

¹⁰⁴ IZQUIERDO SANS, C., *op. cit.* en la nota 16.

¹⁰⁵ *Vid.* la STC 58/2004, de 19.4.2004 (FJ 14º).

¹⁰⁶ SSTC 75/1982, de 13.12.1982, FJ 1º; 4/1990, de 18.1.1990, FJ 3º; y 177/1996, de 11.11.1996, FJ 4º.

¹⁰⁷ Creación del órgano por ley con anterioridad al hecho motivador del proceso, atribuyéndole un régimen orgánico y procesal que no permita calificarlo de especial o excepcional (SSTC 47/1983, de 31.5.1983, FJ 2º; 55/1990, de 28.3.1990, FJ 3º; y 177/1996, de 11.11.1996, FJ 4º).

cuyo manejo queda en manos de los jueces ordinarios. Por ello, la delimitación y la distribución de competencias entre órganos judiciales no son por sí solas materias propias del derecho al juez predeterminado por la ley¹⁰⁸. Sólo si ese juez manipula de forma manifiestamente arbitraria las reglas legales sobre atribución de competencias cabría entender vulnerado la mencionada garantía fundamental.

En otras palabras, el juez que rehuye la cuestión prejudicial es el prefigurado por la ley para decidir el proceso principal, si bien en un aspecto concreto, que constituye una cuestión incidental, puede suplantar indebidamente al Tribunal de Justicia, pero cabe también que con aquella actitud pasiva no invada las competencias de este último. Con este escenario, resulta desaconsejable ubicar los posibles excesos de quien, en principio, es el señor del litigio en el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley si tales excesos, por definición, difícilmente pueden llegar a ser arbitrarios.

El sendero seguido por el Tribunal Constitucional en la sentencia 48/2004 y en sus epígonos resulta conceptualmente más riguroso.

Ahora bien, como subraya Cristina IZQUIERDO SANS¹⁰⁹, no resultaría extraño que, por el cauce del artículo 10.2 de la Constitución, el Tribunal Constitucional se viera abocado a encarar la situación desde la perspectiva del derecho al juez legal, ya que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, controlando actos de los Estados miembros que apliquen el ordenamiento de la Unión podría llegar a la conclusión de que el derecho fundamental en conflicto es el que garantiza el juez predeterminado por la ley, plasmado en el artículo 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Aún más, teniendo en cuenta que el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta reconoce, en los mismos términos que el mencionado Convenio, el derecho al juez independiente e imparcial establecido por la ley, no sería extravagante que algún órgano jurisdiccional nacional se dirigiera al Tribunal de Justicia para preguntarle si dicho precepto debe interpretarse en el sentido de que vulnera la garantía que incorpora la decisión de un juez interno de introducirse de forma indebida en el ámbito reservado al propio Tribunal de Justicia. Y no resultaría extraño que recibiera una respuesta afirmativa.

Hoy el derecho al juez imparcial predeterminado por la ley forma parte del sustrato común compartido por todos los Estados miembros y, en cuanto afecte a los ámbitos propios del derecho de la Unión Europea, debe recibir una exégesis uniforme, que le corresponde establecer al Tribunal de Justicia. Si en un entorno no armonizado, como es el de los sistemas procesales nacionales para hacer efectivos los derechos reconocidos a los ciudadanos por el ordenamiento comunitario, el Tribunal de Justicia ha incidido a través de los principios de equivalencia y efectividad¹¹⁰, con mayor razón podría

¹⁰⁸ SSTC 171/1999, de 27.9.1999, FJ 2º, y 35/2000, de 14.2.2000, FJ 2º.

¹⁰⁹ *Op. cit.* en la nota 16.

¹¹⁰ *Vid.* nota 62.

hacerlo al interpretar una garantía fundamental compartida en relación con las consecuencias de la preterición de un incidente creado por el propio derecho de la Unión para garantizar la uniformidad en su interpretación y aplicación. Máxime si se tiene en cuenta que el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, compromete a los Estados a miembros a disciplinar las vías de recurso para garantizar la tutela efectiva en los ámbitos cubiertos por el derecho de la Unión, compromiso que incluye la intervención del Tribunal de Justicia allí y cuando resulte obligada.

24. Como puede apreciarse, la tarea no está acabada. Quedan por perfilar algunos contornos de los derechos y las libertades ciudadanas que se encuentran comprometidos cuando un juez español de forma indebida resuelve un litigio sin acudir a título prejudicial al Tribunal de Justicia. Y en esa tarea el Tribunal Constitucional no sólo no puede estar ausente, sino que tiene (o debe tener) reservado un papel relevante.

Comparto la inquietud de Cristina IZQUIERDO SANS¹¹¹, pero no me cabe la menor duda de que el futuro nos ofrecerá supuestos de hecho en los que la cuestión aquí analizada alcanzará la «especial trascendencia constitucional» que el artículo 50.1.b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en la redacción de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo¹¹², exige para que sea posible la intervención del Tribunal Constitucional por el cauce del recurso de amparo. En primer lugar, la STC 155/2009, de 25.6.2007, no agota los supuestos en los que cabe entender presente aquella trascendencia y, en segundo término, el escenario, tras Lisboa, ha recibido una modificación tal que constituiría una auténtica irresponsabilidad que el máximo intérprete de la Constitución se mantuviera al margen de la trama.

De no ser así, el sistema debería ofrecer alguna válvula para aligerar la presión, porque, desde luego, una disfunción como la que nos ocupa no puede quedar sin respuesta. Si un juez nacional resuelve un litigio al margen del sistema de fuentes y de sus controles normativos y, con ello, lesiona, menoscaba, limita o reduce la efectividad de los derechos que el ordenamiento de la Unión atribuye a las partes en conflicto, no quedará más remedio, como ha señalado Diego CÓRDOBA CASTROVERDE¹¹³, que acudir a la vía reparatoria que suministra el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado-juez. Pero, aparte de constituir una vía más tortuosa que obliga al afectado a realizar un recorrido de incierto destino, no deja de ser un sucedáneo, una «protección jurisdiccional secundaria»¹¹⁴, que le exige intentar previamente

¹¹¹ *Vid. op. cit.* en la nota 16.

¹¹² Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE de 25.5.2007).

¹¹³ CÓRDOBA CASTROVERDE, D., «¿Cumple nuestro ordenamiento los requisitos exigidos por la sentencia Köbler?», *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 37, 2011, pp. 7-36.

¹¹⁴ *Vid.* RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., «Igualar por abajo». La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de la ley contraria al Derecho comunitario y de la ley inconstitucional», *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 38, 2011, pp. 141-171.

la reparación *in natura*. Y, como no podría ser de otra forma, esa reparación por sustitución reclama del afectado el agotamiento de todos los remedios que le ofrece el ordenamiento para obtener satisfacción, entre los que se encuentra el recurso de amparo constitucional.

25. En cualquier caso, se trata, como digo, de un recorrido de dudoso desenlace. El Tribunal de Justicia, en la STJ de 30.9.2003, as. *Köbler* (C-224/01), al analizar la existencia de responsabilidad de los Estados miembros por los incumplimientos imputables a sus órganos jurisdiccionales, declaró que el desconocimiento del deber de plantear la cuestión prejudicial constituye uno de los parámetros a tomar en consideración para valorar si se ha producido una violación suficientemente caracterizada, esto es, manifiesta del derecho aplicable y, por ello, si ha nacido el deber del Estado de reparar por los daños causados (apartado 55). No obstante, la propia sentencia *Köbler* concluyó que no existía en el supuesto que analizaba responsabilidad porque, habida cuenta de sus características, no cabía calificar de violación suficientemente caracterizada del ordenamiento de la Unión la vulneración de los derechos que el ordenamiento comunitario reconocía al demandante como consecuencia de haber retirado el juez nacional indebidamente (por la lectura errónea de un anterior pronunciamiento del Tribunal de Justicia) la cuestión prejudicial que había planteado (apartados 117 a 124).

Ese camino podría hacerse aún más complicado si la Comisión Europea decide, haciendo uso del artículo 258 TFUE, recurrir al Tribunal de Justicia y denunciar al Reino de España por incumplir las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado. Recuérdese que recientemente, en la sentencia *Comisión/España*¹¹⁵, el Tribunal de Justicia declaró que nuestro país había incumplido los deberes que le incumbían en virtud de los artículos 2 y 4, apartados 1 y 2, de la Sexta Directiva del impuesto sobre el valor añadido al considerar la jurisprudencia del Tribunal Supremo que los servicios prestados a las Comunidades Autónomas por los registradores de la propiedad, en su condición de liquidadores de los impuestos sobre sucesiones y transmisiones patrimoniales, no están sujetos a aquel tributo indirecto. Y detrás de este pronunciamiento se esconde un decurso jurisdiccional en el que el Tribunal Supremo corrigió, mediante un recurso de casación en interés de la ley, el criterio que la Audiencia Nacional venía sosteniendo sobre la interpretación de los mencionados preceptos de la Sexta Directiva sin, ante las evidentes dudas en el sentido de la doctrina *Cilfit*, dirigirse a título prejudicial al Tribunal de Justicia.

Ni qué decir tiene que la vía reparatoria se presenta como cauce posible para restañar la herida si el Tribunal de Justicia llegara a la conclusión de que el Reino de España incumple sus compromisos con la Unión debido a la falta de planteamiento de cuestiones prejudiciales por el Tribunal Constitucional.

¹¹⁵ STJ de 12.11.2009, as. *Comisión/España* (C-154/08).

Pero esa vía, la reparatoria, trae a colación otra historia, cuyo relato necesitaría, como mínimo, otras tantas páginas.

VII. CONCLUSIONES

1ª) La STC 58/2004 supuso, ciertamente, un cambio de rumbo en la posición tradicional del Tribunal Constitucional sobre las implicaciones constitucionales del incumplimiento por un juez nacional del deber de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. Pero, atendidas las peculiaridades del supuesto de hecho que abordó, no clarificó definitivamente el alcance de la vulneración constitucional del derecho a obtener la tutela judicial efectiva. La STC 194/2006 nada iluminó, más bien introdujo dudas sobre su verdadera *ratio decidendi* y, aun cuando la STC 78/2010 incorporó mayor rigor en el razonamiento, sus reflexiones no traspasaron el plano teórico, ya que el caso analizado quedaba al margen de los ámbitos propios del derecho de la Unión Europea, permitiendo dudar si realmente ratificó o modificó la doctrina de la STC 58/2004.

2ª) Por consiguiente, los jueces de Domenico Scarlatti no deben dar por cumplida la tarea, incluso en el marco más restrictivo del recurso de amparo después de la Ley Orgánica 6/2007. La entrada en vigor de las sustanciales modificaciones acordadas en Lisboa para el entramado jurídico de la Unión Europea, singularmente (a) el carácter vinculante de la Carta y el nuevo papel de los derechos fundamentales y las libertades públicas en el ámbito de la Unión, (b) el deber de los Estados miembros de articular las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela de los derechos amparados por el ordenamiento de la Unión y (c) la generalización (con determinadas excepciones por razón de la materia) de las técnicas de control jurisdiccional previstas para los ámbitos propios del antiguo primer pilar, ponen de manifiesto que aquellas implicaciones son susceptibles de suscitar cuestiones de especial trascendencia constitucional para la interpretación y la aplicación de la Constitución, en relación con el contenido y el alcance de los derechos fundamentales.

3ª) El sendero ya está marcado, es el propio sistema de fuentes el que padece cuando un juez resuelve un litigio en el que está implicado el ordenamiento de la Unión Europea al margen de sus controles normativos, en particular, obviando el reenvío prejudicial allí y cuando resulte ineludible. Habrá que ir precisando las situaciones en que ese daño en el sistema de fuentes trasciende el plano general y abstracto e incide en los derechos a la tutela judicial y a un proceso con todas las garantías del titular de la acción procesal, así como en el derecho sustantivo al que sirven de cauce. Parece indiscutible que se produce tan indeseable efecto si aquella preterición del reenvío prejudicial supone un distanciamiento tal del sistema de fuentes que no pueda estimarse fundada en derecho la decisión jurisdiccional.

4ª) Y nos vendría a todos muy bien que el Tribunal Constitucional diera ejemplo –ya lo está dando–¹¹⁶ y, en los supuestos en que se den las condiciones, asumiendo su papel de juez comunitario se dirija al Tribunal de Justicia de la Unión Europea haciendo uso de la herramienta prejudicial. En el escenario «post-Lisboa» ocasiones no le van a faltar.

¹¹⁶ *Vid.* nota 102.