

IVAP

HERRI ARDURALARITZAREN
EUSKAL ERAKUNDEA

Erakunde autonomiaduna
Organismo Autónomo del



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO



Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena
Alejandro Saiz Arnaiz

El futuro jurisdiccional de Europa

EUROPEAN INKLINGS (EU*i*)

NÚMERO 19, 2019



ISBN: 978-84-7777-579-9

IVAP

HERRI ARDURALARITZAREN
EUSKAL ERAKUNDEA

Erakunde autonomiaduna
Organismo Autónomo del



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

European Inklings (EUⁱ) XIX

El futuro jurisdiccional de Europa

Directores

Juan Ignacio UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA
Alejandro SAIZ ARNAIZ

Oñati, 2019

EUROPEAN INKLINGS (EU)

Director

Juan Ignacio UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA (UPV/EHU)

Consejo Editorial

Ricardo ALONSO GARCÍA (Universidad Complutense de Madrid)
Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA (Universidad de Oviedo)
Mikel ANTÓN ZARRAGOITIA (Secretaría General de Acción Exterior. Gobierno Vasco)
Javier DíEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ (Universidad Autónoma de Madrid)
Marta IGLESIAS BARRIO (IVAP)
Henri LABAYLE (Université de Pau et des Pays de l'Adour)
Isaac MERINO JARA (UPV/EHU)
Santiago RIPOL CARULLA (Universidad Pompeu Fabra)
Alejandro SAIZ ARNAIZ (Universidad Pompeu Fabra)
José Andrés SÁNCHEZ PEDROCHE (UDIMA)
Carlos M. VÁZQUEZ (Georgetown University)

Consejo Asesor

Gurutz JÁUREGUI BERECIARTU (UPV/EHU) (Presidente)
Jokin ALBERDI BIDAGUREN (UPV/EHU)
Joxerramon BENGOETXEA CABALLERO (UPV/EHU)
Manuel CIENFUEGOS MATEO (Universidad Pompeu Fabra)
Edorta COBREROS MENDAZONA (UPV/EHU)
Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (Universidad Autónoma de Madrid)
Juana GOIZUETA VÉRTIZ (UPV/EHU)
Maribel GONZÁLEZ PASCUAL (Universidad Pompeu Fabra)
Pablo GONZÁLEZ SAQUERO (Universidad Complutense de Madrid)
Daniel INNERARITY (Ikerbasque, UPV/EHU)
Eugenia LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ (Universidad de Navarra)
Dunia MARINAS SUÁREZ (UPV/EHU)
Carmen MARTÍNEZ CAPDEVILA (Universidad Autónoma de Madrid)
Mariela MORALES-ANTONIAZZI (Max Planck Institut, Heidelberg)
Maitena POELEMANS (Université de Pau et des Pays de l'Adour)
Daniel SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO (Universidad Complutense de Madrid)
Aida TORRES PÉREZ (Universidad Pompeu Fabra)
Maite ZELAIA GARAGARZA (UPV/EHU)

Secretaria

Ana M. SAN MIGUEL OSABA (PIC, UPV/EHU)

© Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi
Euskadiko Autonomia Elkarteko Administrazioa

Edita: Instituto Vasco de Administración Pública
Herri-Ardularitzaren Euskal Erakundea

ISBN: 978-84-7777-579-9

Índice

Relación de autores	5
Presentación del decimonoveno número de los «European inklings» (EUí 19)	7
«Aliados y Contrapesos. Las Cortes Constitucionales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una perspectiva comparada» Davide PARIS	9
«Il diritto penale tra stato e organizzazioni regionali: Il caso del Consiglio d'Europa» Alessandro BERNARDI	34
«El artículo 5 bis LOPJ: el recurso de revisión contra las resoluciones judiciales firmes que, según el TEDH, han sido dictadas en violación de los derechos del CEDH» Santiago RIPOL CARULLA	126
«Las relaciones entre los TTCC y el TJUE: lo que los Tribunales Constitucionales deben y no deben, en principio, hacer» Francisco Javier MATIA PORTILLA	151
«Las formas de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en los procesos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea» Miryam RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO	176
«Una nueva causa de inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad: la obligación del planteamiento "prioritario" de la cuestión prejudicial» Susana GARCÍA COUSO	201
«Confianza recíproca y reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia» Francisco Javier DONAIRE VILLA	223

«El TJUE y los acuerdos internacionales de la UE: la judicialización del <i>ius ad tractatum</i> ante la autonomía del Derecho de la Unión» Eugenia LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ	346
«El nombramiento de los magistrados del TJUE y del TEDH» Rafael BUSTOS GISBERT	377

Relación de autores

BERNARDI, ALESSANDRO

Professore ordinario di Diritto Penale, Università di Ferrara

BUSTOS GISBERT, Rafael

Profesor Ordinario de Derecho Constitucional y de la Unión Europea, Escuela Judicial (CGPJ);
Universidad de Salamanca

DONAIRE VILLA, Francisco Javier

Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Carlos III de Madrid

GARCÍA COUSO, Susana

Profesora Titular de Derecho Constitucional Universidad Rey Juan Carlos. Letrada del Tribunal
Constitucional

LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, Eugenia

Profesora Titular de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Universidad de Navarra

MATIA PORTILLA, Francisco Javier

Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Valladolid

PARIS, Davide

Investigador del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional

RIPOL CARULLA, Santiago

Catedrático de Derecho Internacional Público, Universidad Pompeu Fabra

RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, MIRYAM

Profesora Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla

SAIZ ARNAIZ, Alejandro

Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Pompeu Fabra. Cátedra Jean Monnet

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio

Profesor (acreditado como Catedrático) de Derecho Constitucional y de la Unión Europea (UPV/EHU). Cátedra Jean Monnet

Las relaciones entre los TTCC y el TJUE: lo que los Tribunales Constitucionales deben y no deben, en principio, hacer*

Francisco Javier MATIA PORTILLA

Sumario: 1. Planteamiento: ¿Debe el Tribunal Constitucional plantear cuestiones prejudiciales? 2. La cuestión prejudicial del artículo 267 TFUE en el Derecho de la Unión. 3. La actuación de los Tribunales Constitucionales. Especial referencia a Italia y España. 4. La posición de los Tribunales Constitucionales.

1. PLANTEAMIENTO: ¿DEBE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLANTEAR CUESTIONES PREJUDICIALES?

Señalaba Ricardo Alonso en 2003¹ que la «negación del Tribunal Constitucional a considerarse órgano jurisdiccional en el contexto del actual artículo 234 TCE ha sido criticada en la doctrina española sin fundamentar en muchas ocasiones, creo». En efecto, una buena parte de la doctrina que asume, sin más, que los tribunales constitucionales pueden y deben plantear cuestiones prejudiciales. Así, por ejemplo, Carlos Vidal² afirma que los Tribunales Constitucionales son órganos jurisdiccionales a los efectos del planteamiento de cuestiones prejudiciales con una cita del profesor Rodríguez Iglesias, cita en la que se limita a considerar «indudable» este hecho³.

* El presente texto fue concluido el 8 de julio de 2018. Se realiza en el marco del proyecto de investigación del Proyecto de Investigación DER2016-75993-P, sobre España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos humanos (30/12/2016-29/12/2020), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

¹ Alonso García, Ricardo: *El juez español y el Derecho Comunitario*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2003, nota 383.

² En «Tribunal Constitucional español y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El planteamiento de la cuestión prejudicial». En García Herrera, Miguel Ángel (coord.): *Constitución y Democracia. 25 años de Constitución democrática en España*. Universidad del País Vasco. 2005. Vol. I, p. 705.

³ Aunque el autor toma esta cita de Rodríguez Iglesias del trabajo publicado con Alejandro Valle Gálvez, «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* 2 (1997), p. 359, ya se había sostenido previamente, de forma literal, en Rodríguez Iglesias, Gil Carlos: «Tribunales Constitucionales y Derecho comunitario». En VV.AA: *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor don Manuel Diez de Velasco*. Tecnos. Madrid, 1993, p. 1199.

El propósito perseguido en este trabajo es, precisamente, dudar de esta afirmación o, cuando menos, someterla a reflexión crítica. Es probable que este esfuerzo sea, en términos prácticos, inútil, puesto que son ya muchos los tribunales constitucionales que han optado por plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Luxemburgo⁴, aunque siempre es posible un replanteamiento de su actuación en el futuro.

Para ello someteremos la misma a un doble orden de consideraciones. Examinaremos en primer lugar la cuestión desde la perspectiva del Derecho de la Unión (en particular, desde la perspectiva del artículo 267 TFUE), para adentrarnos después en la realización de una serie de consideraciones centradas en el Derecho constitucional. No nos adentraremos en el examen de otras cuestiones que, aunque interesantes en el plano dogmático, superan las pretensiones fijadas en líneas anteriores⁵.

⁴ Carlos Rodríguez Iglesias recuerda que el Tribunal Constitucional italiano, en la STCI 168, de 8 de abril de 1991, reconoció su competencia para servirse del cauce procesal previsto en el artículo 177 TCE, en contra de lo señalado por sus homónimos portugués (STCP 163/90, de 23 de mayo) y español (STC 28/1991, de 14 de febrero) (en «Tribunales Constitucionales...», *cit.*, p. 1199, nota 107). Lo cierto es que a partir de los años 90 y, especialmente, con el nuevo siglo, los Tribunales Constitucionales han comenzado a plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Carlos Vidal recuerda las cuestiones prejudiciales hasta 2003 planteadas por los Tribunales Constitucionales de Austria (dos en 1999, 2003), la Corte Arbitral belga (1996) y el Tribunal Constitucional del Land de Hessen (2000).

⁵ Especial interés teórico suscita las relaciones entre los mecanismos de la cuestión de inconstitucionalidad y la cuestión prejudicial. Como es sabido, esta cuestión ha cobrado evidente interés en relación con el Consejo Constitucional francés y el asunto Melki. Frente a la posición del Tribunal de Casación, de que el carácter prioritario de la cuestión prioritaria de constitucionalidad impide al juez judicial plantear la cuestión prejudicial europea (Decisión 10-40002, de 16 de abril, recaída en el asunto M. Abdeli y Melki), el Consejo Constitucional (Decisión 2010-605 DC, de 12 de mayo, afirmando que no hay ninguna disposición que prescriba o imponga que el respeto de la autoridad superior de los tratados sobre las leyes «deba asegurarse en el marco del control de la conformidad de las leyes a la Constitución» párrafo 10), el Consejo de Estado (Decisión 312305, de 14 de mayo, Rujovic) y el Tribunal de Justicia (STJUE Melki, de 22 de junio de 2010, asuntos C-188/10 y C-189/10), defendieron, correctamente lo contrario. El Consejo Constitucional remachó esta doctrina nuevamente en la Decisión 2011-217 QPC, de 3 de febrero de 2012 (apartado 3). Datos extraídos de Droin, Antoine: «Primera cuestión prejudicial del Tribunal Constitucional francés al Tribunal de Justicia de la Unión Europea». En *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* 29 (2014), pp. 75-76. Sobre esta cuestión, y entre muchos otros, *Vid.* Simon, Denys y Rigaux, Anne: «La priorité de la QPC: harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridictionnels croisés». *Cahiers du Conseil Constitutionnel* 29 (2010) y Sarmiento, 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* 37 (2011), pp. 97 ss. y Garot, Marie-José «El caso Melki, la cuestión prejudicial y los Tribunales Constitucionales». *Noticias de la Unión Europea* 327 (2012) y, desde una perspectiva más general, Cruz Villalón, Pedro y Requejo Pagés, Juan Luis: «La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad». *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 50 (2015), pp. 173 ss. Aunque estos últimos autores defienden que el uso de ambos incidentes judiciales puede ser simultáneo y no sucesivo, lo que favorece un proceso sin dilaciones indebidas y el derecho a la tutela judicial efectiva de los justiciables, tiene sentido que el Tribunal Constitucional tenga la última palabra puesto que es el último intérprete de la Constitución. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que «el órgano jurisdiccional nacional cuyas resoluciones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial está obligado, en principio, a plantear una cuestión prejudicial de interpretación del Derecho de la Unión aun cuando, en el marco del mismo procedimiento nacional, el tribunal constitucional del Estado miembro de que se trate haya apreciado la

2. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL DEL ARTÍCULO 267 TFUE EN EL DERECHO DE LA UNIÓN

La cuestión prejudicial se incorpora tempranamente al Derecho Comunitario (artículo 41 TCECA⁶), aunque su formulación más célebre es la recogida en el artículo 177 TCEE (1957), en la que se indica, en lo que aquí interesa, que el Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, de determinadas cuestiones relativas a la interpretación y la validez, plantadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro. La decisión del órgano jurisdiccional de plantear la cuestión o no es, en principio, facultativa (*podrán...*⁷), salvo en el supuesto de que sus decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial interno, en cuyo caso será obligatoria.

Las modificaciones que este precepto ha sufrido posteriormente⁸ no afectan a la materia que nos interesa analizar en este punto. La cuestión nuclear es, ¿es el Tribunal Constitucional un órgano jurisdiccional?

Mar Jimeno Bulmes, autora de una de los mejores trabajos monográficos sobre la cuestión prejudicial habidos en nuestro país⁹, recuerda que el Tribunal de Justicia ha realizado una lectura propia y amplia de qué debe entenderse, en este concreto contexto, por órgano jurisdiccional. Y ninguna de estas caracterizaciones debe, en principio, ser cuestionada. Con independencia de que la lectura realizada por el Tribunal de Justicia del artículo 267 TFUE nos parezca acertada o no, resulta claro que es el

constitucionalidad de las normas nacionales a la luz de normas de referencia de contenido análogo a las del Derecho de la Unión» (STJUE Global Starnet Ltd, de 20 de diciembre de 2017, asunto C-322/16, párrafo 26). Pero es compatible asumir esta doctrina y resultar conveniente que primero actúe el Tribunal de Luxemburgo y lo haga, después, el Tribunal Constitucional. También debe recordarse la STJUE A c. B y otros, de 11 de septiembre de 2014, en la que el Tribunal reitera la facultad de los órganos judiciales nacionales para servirse del instrumento procesal previsto en el artículo 267 TFUE. Y la misma sigue siendo utilizable aunque esté pendiente de resolución una cuestión de inconstitucionalidad (STJUE Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH c. Hauptzollamt Osnabrück, de 4 de junio de 2015, C-5/14).

⁶ Sólo el Tribunal será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la validez de los acuerdos de la Comisión y del Consejo, en caso de que se cuestione tal validez en un litigio ante un Tribunal nacional.

⁷ Pierre Pescatore explica que se adopta por este modelo facultativo porque se es consciente de que la introducción de la cuestión prejudicial de interpretación puede ocasionar un aumento considerable del número de asuntos sometidos al Tribunal de Justicia y se pretende evitar así el bloqueo de la institución [en «Las cuestiones prejudiciales. Artículo 177 del Tratado CEE». En Rodríguez Iglesias, Gil Carlos & Liñán Nogueras, Diego J. (dirs): *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*. Civitas. Madrid, 1993, p. 528].

⁸ El Tratado de Maastricht incluye la posibilidad de que se planteen cuestiones prejudiciales sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por el Banco Central Europeo. Y el Tratado de Ámsterdam reubica este precepto en el artículo 234 TCE. Finalmente, el artículo 267 TFUE, que tiene su origen en el Tratado de Lisboa, delimita de forma más sencilla los actos cuya validez o interpretación puede examinar (los adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión), eliminando la anterior referencia separada a los organismos, y señalando que la actuación del Tribunal de Luxemburgo se realizará con la mayor brevedad cuando la cuestión planteada guarde relación con una persona privada de libertad.

⁹ *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*. Bosch. Barcelona, 1996.

máximo intérprete de éste y de los restantes preceptos recogidos en el Derecho originario y derivado de la Unión¹⁰. Debe ser, pues, una lectura propia.

¿Es conveniente que sea amplia? Pues en principio parece que hay más motivos para estar a favor de esta premisa que de la contraria. Como resulta obvio, ello facilita una más «efectiva interpretación y aplicación jurídico-comunitaria»¹¹. Pero no debemos olvidar también que el artículo 267 TFUE impone una obligación de plantear cuestiones prejudiciales cuando las decisiones de ese Tribunal «no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno», afirmación que podría plantear problemas si se maneja una visión muy extensa del término órgano jurisdiccional allí previsto.

En todo caso, diversos autores han propuesto su opinión sobre el entendimiento que la expresión órgano jurisdiccional debiera tener en el contexto que nos ocupa, ante la falta de precisiones claras por parte del Tribunal de Luxemburgo¹², y éste se ha decantado, en una jurisprudencia dúctil, por un criterio orgánico (en el que se subraya la independencia e imparcialidad del órgano) y otro funcional (que su función sea prevalentemente jurisdiccional). Así, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha entendido que el Tribunal Arbitral de la Industria Minera holandés es competente para plantear una cuestión prejudicial puesto que las partes están obligadas a acudir ante él¹³. Sin embargo, en otras ocasiones, el mismo Tribunal ha subrayado el carácter legal y la independencia de actuación de algunos órganos que, no ejercen, manifiestamente, actividades jurisdiccionales¹⁴. Podemos afirmar, con carác-

¹⁰ Desde esta perspectiva, no se comparte la tesis de los autores (Joliet, Lieber —*Ibidem*, p. 185, nota 421—) que afirman que bien podría el Tribunal de Luxemburgo adecuar su criterio al que opera dentro de cada uno de los Estados miembros (teoría de la recepción). Esta tesis, además de evidenciar las relevantes diferencias existentes en esta materia en los distintos Estados europeos (como hace Tomuschat, *ídem*), olvida que el máximo intérprete del Derecho de la Unión es el Tribunal de Justicia.

¹¹ *Ibidem*, p. 185.

¹² Da cuenta esta autora de las posiciones doctrinales defendidas por Slynn, Pepy, Torrelli y Ruiz-Jarabo (*Ibidem*, p. 186, nota 423).

¹³ Decisión de 30 de junio de 1966, as. 61/65, Rec. 1966, pp. 377 y ss.; *Ibidem*, pp. 89-90. Este mismo criterio se aplica, en relación a una comisión de médicos, en el asunto Broekmeulen, Sentencia de 6 de octubre de 1981, as. 246/80, Rec. 1981, pp. 2311 y ss. Dado que el Colegio de Abogados no asume funciones jurisdiccionales no pueden plantear cuestiones prejudiciales (Sentencia Borker, de 18 de junio de 1980, as. 138/80, Rec. 1980, pp. 1975 y ss.). Datos extraídos de Jimeno Bulnes, Mar: *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*. Bosch. Barcelona, 1996, p. 194.

¹⁴ Sentencia Pretore di Saló de 1 de junio de 1987, en la que el Tribunal de Justicia señala que «Procede observar que los *pretori* son Jueces que, en un procedimiento como el que ha dado lugar a la presente cuestión prejudicial, acumulan las funciones de Ministerio Fiscal y de Juez de Instrucción» y se declara «competente para responder a la cuestión prejudicial, ya que ésta procede de un órgano jurisdiccional que ha actuado en el marco general de su misión de juzgar, con independencia y conforme a Derecho, en asuntos sobre los cuales la ley le confiere competencia, incluso si alguna de las funciones que corresponden a dicho órgano jurisdiccional en el procedimiento que ha suscitado la cuestión prejudicial no tienen carácter estrictamente jurisdiccional» (párrafo 7). El Director de Contribuciones de Luxemburgo se inscribe, por otra parte, manifiestamente en el poder ejecutivo (Sentencia de 30 de marzo de 1993, as. 24/92, Rec. 1993, pp. 1278 y ss.). En lo que atañe a los órdenes jurisdiccionales, Pescatore nos recuerda

ter general, que el Tribunal de Luxemburgo ha defendido una amplísima facultad por parte de los jueces nacionales para plantear cuestiones prejudiciales¹⁵.

Pierre Pescatore observa, en los años 90, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que un tribunal debe reunir dos cualidades para poder cuestiones prejudiciales¹⁶: (a) independencia y obligación de pronunciarse con arreglo a Derecho y (b) poseer carácter público. Además, entiende que, por lo general, están legitimados para interponer cuestiones prejudiciales jurisdicciones nacionales que asumen tareas de naturaleza precontenciosa o administrativa¹⁷.

Lo relevante es si tal condición la cumple un Tribunal Constitucional. Cuando Mar Jimeno elabora su tesis doctoral subraya que estamos ante una cuestión polémica y que debe situarse en el respectivo ordenamiento estatal. Mientras que en la Constitución alemana se indica que el Tribunal Constitucional ejerce poder judicial, esta posibilidad se excluye expresamente en las Constituciones italiana y española. Sin embargo, hoy estas dudas se han desvanecido totalmente, ya que diversos Tribunales han planteado cuestiones prejudiciales y el Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre ellas.

Es lógico que así sea. Si la pretensión del Tribunal de Justicia es garantizar la aplicación uniforme del Derecho Comunitario¹⁸, en primer lugar, y si además maneja una visión absoluta del principio de primacía del Derecho de la Unión sobre los ordenamientos nacionales, en segundo lugar, parece lógico que atienda los requerimientos del Tribunal Constitucional. Dicha posibilidad le permite incidir de forma más eficiente en el Derecho de los Estados miembros.

que la aplicación del Derecho comunitario no es exclusivamente de interés para la jurisdicciones contencioso-administrativas, social y mercantil, sino que también es relevante para la penal (en «Las cuestiones...», *cit.*, p. 531).

¹⁵ Pierre Pescatore cita la relevante STJUE de 16 de enero de 1974 (asunto 166/73. Rec. 1974, p. 33 ss.) (*Ibidem*, p. 532).

¹⁶ *Ibidem*, p. 541.

¹⁷ *Ibidem*», pp. 542-543, que retoma la jurisprudencia citada en el texto y añade otra suplementaria. Manuel Cienfuegos pone algunos ejemplos de órganos nacionales no jurisdiccionales que pueden plantear cuestiones prejudiciales [España: el Tribunal Constitucional, la Comisión Nacional de la Competencia y los Tribunales Económico-Administrativos; Gran Bretaña: el Immigration Adjudicator; Suecia: la Överklagandenämnden för Högskolan o Comisión de Recursos de los establecimientos de enseñanza superior; Lituania: la Mokestiniiu ginču komisija prie Lietuvos Respublickos vyriausybes o Comisión de litigios fiscales; y Austria: la Oberste Berufungs- und Disziplinarkommission o Comisión Superior Disciplinaria de los Abogados, en «La cuestión prejudicial comunitaria (artículo 267 TFUE)». *The Jean Monnet/Robert Schuman Paper Series* 14/1 (2014), p. 7].

¹⁸ Y es obvio que tal pretensión es la perseguida, de forma específica, con el mecanismo de la cuestión prejudicial (Pescatore, Pierre: «Las cuestiones...», *cit.*, p. 532). Manuel Cienfuegos alude a que la cuestión prejudicial garantiza la correcta interpretación y aplicación del ordenamiento comunitario en los países miembros, asegura la protección de los intereses de los particulares, establece una vía de control indirecto de la legalidad comunitaria y preserva el carácter comunitario del Derecho instituido por los Tratados (En «La cuestión...», *cit.*, p. 5). Y Ricardo Alonso García recuerda que la cuestión prejudicial ha sido utilizada en muchas ocasiones para controlar la compatibilidad de la normativa estatal con el Derecho de la Unión [En «La cuestión prejudicial, piedra angular de la integración europea». En *European Inklings* 4 (2014), pp. 11 ss.].

Ahora bien, asumir «que los Tribunales Constitucionales forman asimismo parte de aquellos que pueden hacer uso del procedimiento del artículo 177» debe llevar también a afirmar que, «en virtud del párrafo tercero del artículo 177, incluso [forman parte] de aquellos que, en su caso, están obligados a ello»¹⁹. Esta afirmación es muy relevante porque podría darse el caso de que la Unión Europea iniciara un procedimiento por incumplimiento estatal si un tribunal nacional no planteara una cuestión prejudicial estando obligado a ello²⁰. Y la Comisión parece convencida de que debe transitar esta senda. En la importante Comunicación *Derecho de la UE: mejores resultados gracias a una mejor aplicación*²¹, se indica que «la Comisión concederá una gran prioridad a las infracciones que pongan de manifiesto deficiencias sistémicas que socaven el funcionamiento del marco institucional de la UE. Esto se aplica, en particular, a las infracciones que afecten a la capacidad de los sistemas judiciales nacionales para contribuir a la aplicación efectiva del Derecho de la UE. La Comisión, por lo tanto, actuará con rigor en todos los casos en los que las normas o las prácticas generales nacionales obstaculicen las peticiones de decisión prejudicial del Tribunal de Justicia o en los que la legislación nacional impida a los órganos jurisdiccionales nacionales reconocer la primacía del Derecho de la UE»²². A renglón seguido se relativiza esta afirmación, señalándose que la Comisión posee de una facultad discrecional a la hora de determinar de qué asuntos ocuparse (por la importancia de la desviación estatal o su impacto sistémico, abandonando aquellos «cuyo archivo considere oportuno desde un punto de vista político»²³).

Podríamos concluir, con base en las propias recomendaciones de la UE en materia²⁴, que «El Tribunal de Justicia ha interpretado la condición de órgano jurisdiccional como un concepto autónomo del Derecho de la Unión, teniendo en cuenta a este res-

¹⁹ Pescatore, Pierre: «Las cuestiones...», *cit.*, p. 542. Manuel Cienfuegos entiende también que la actuación de los tribunales supremos y constitucionales es obligatoria siempre que sea necesaria (en «La cuestión...», *cit.*, p. 7 in fine).

²⁰ Pescatore, Pierre: «Las cuestiones...», *cit.*, p. 557. Lo cierto es que la Comisión ha sido reticente a servirse de esta vía según el mismo autor, y no se plantea este problema en los Informes sobre la aplicación del Derecho de la Unión Europea de 2014 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015DC0329&from=ES>) y 2015 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016DC0463&from=ES>). Es interesante retener que Pierre Pescatore considera que un remedio atípico es que un Tribunal estatal inferior plantee una cuestión prejudicial que no ha sido previamente patrocinada por el Tribunal que debió haberlo hecho (*Ibidem*, pp. 557-558).

²¹ Publicada en el DOUE C-18, de 19 de enero de 2017, pp. 10 ss.

²² *Ibidem*, p. 14.

²³ *Ibidem*, p. 15. Esta última afirmación resulta, en buena medida, sorprendente porque confunde la exigencia del cumplimiento del Derecho con criterios políticos, que no son de recibo si existe, realmente, un incumplimiento estatal.

²⁴ Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, publicadas en el DOUE C-439, de 25 de noviembre de 2016, pp. 1 ss., y disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32016H1125\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32016H1125(01)). En diversas resoluciones (destacadamente en la STJUE de Coster, 2001), ha interpretado que a los efectos del artículo 267 TFUE es órgano jurisdiccional «cualquier órgano que falle en derecho, y no en equidad, los litigios sometidos a su enjuiciamiento mediante una decisión obligatoria, y cuyo estatuto jurídico le garantice independencia e imparcialidad» (Cienfuegos, Manuel: «La cuestión...», *cit.*, p. 7).

pecto un conjunto de factores, como son el origen legal del órgano que le plantea la petición, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación de normas jurídicas por parte de dicho órgano y su independencia».

Es de justicia hacer notar que este concepto sigue siendo lábil y abierto, puesto que, como es bien sabido, el Tribunal de Justicia ha interpretado flexiblemente algunos de estos criterios para admitir a trámite y pronunciarse sobre algunas cuestiones prejudiciales. Aunque no resulta imprescindible ahondar ahora en esta cuestión²⁵ puede ser conveniente poner un par de ejemplos que, al menos, avalen esta afirmación. Así, de un lado, el Tribunal de Luxemburgo ha señalado que «la existencia de un debate contradictorio previo no es un requisito para la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 267 TFUE»²⁶. Y, de otro, ha entendido que la independencia del órgano jurisdiccional debe ser interpretada también de órganos que, aunque dependen del poder ejecutivo, actúan como terceros respecto de los Servicios de la Administración competente *ratione materiae*²⁷.

3. LA ACTUACIÓN DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES. ESPECIAL REFERENCIA A ITALIA Y ESPAÑA

Lo relevante, en lo que aquí nos interesa, es que los Tribunales Constitucionales han optado por plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es verdad que tal actuación ha sido paulatina y que varios Tribunales Constitucionales han entendido, en un primer momento, que no son órganos jurisdiccionales a los efectos del planteamiento de una cuestión prejudicial para variar, después, su doctrina.

Vamos a centrar nuestra mirada en los Tribunales Constitucionales italiano²⁸ y español, porque en ellos se aprecia muy bien esta evolución jurisprudencial, aunque po-

²⁵ Se recomienda la lectura de las agudas conclusiones del abogado general Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 28 de junio de 2001 en relación con el asunto *François de Coster*, Rec. 2001-I, pp. 9447 ss., disponibles en <https://Eur-Lex.Europa.Eu/Legal-Content/Es/Txt/Pdf/?Uri=Celex:62000cc0017&From=Es>, posteriormente reiteradas y ampliadas en las correspondientes al Asunto *Umweltanwalt von Kärnten y Alpe Adria Energia Spa*, de 25 de junio de 2009, Asunto C-205/08, disponible en <https://Eur-Lex.Europa.Eu/Legal-Content/Es/Txt/?Uri=Celex%3a62008cc0205>.

²⁶ STJUE *Secretary of State of Work and Pensions y Tolley*, de 1 de febrero de 2017, asunto C-430/15, párrafo 32 (con apoyo en la anterior STJUE *Eurico Italia y otros*, de 3 de marzo de 1994, asuntos C-332/92, C-333/92 y C-335/92, apartado 11).

²⁷ Cosa que ocurre con los Tribunales Económico-Administrativos españoles (STJUE *Gabalfrisa y otros*, Sentencia de 21 de marzo de 2000, asuntos C-100/98 y C-147/98, párrafo 33), pero no con los *Epitropi Antagonismou griegos* (STJUE *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) y otros*, de 31 de mayo de 2005, C-53/03, párrafo 33).

²⁸ Nos servimos, instrumentalmente, del análisis realizado por Marta Cartabia [en «El diálogo de los tribunales a la hora del activismo constitucional del Tribunal de Justicia». *Revista Española de Derecho Europeo* 22 (2007), pp. 219 ss.] y Ricardo Alonso García («La cuestión...», *cit.*, pp. 17-18), para los periodos 1976-1995 y 2005-2013, respectivamente.

dríamos ampliar esta selección a órganos constitucionales de otros Estados miembros de la Unión Europea.

Conviene recordar que antes de estos dos países, han planteado cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea los Tribunales Constitucionales de Bélgica²⁹ (1997), Austria³⁰ (1999) y Lituania³¹ (2007).

A continuación se sitúan las primeras cuestiones prejudiciales presentadas por los Tribunales Constitucionales de Italia (2008) y Francia³² (2013), y, en medio de ambos, se sitúa el difundido ATC 86/2011, de 9 de junio, dictado por nuestro Tribunal Constitucional.

²⁹ El Tribunal Constitucional belga no solamente es la primera jurisdicción que se ha servido de la cuestión prejudicial. Es también quién lo ha hecho en mayor número de ocasiones (casi treinta a fecha de 4 de julio de 2018), a través de las SSTCB 6/97, de 19 de febrero; 139/2003, de 29 de octubre; 124/2005 y 126/2005, de 13 de julio; 51/2006, de 19 de abril; 12/2008, de 14 de febrero; 131/2008, de 1 de septiembre; 103/2009, de 18 de junio; 128/2009, de 24 de julio; 30/2010, de 30 de marzo; 133/2010, de 25 de noviembre; 149/2010, de 22 de diciembre; 49/2011 y 50/2011, de 6 de abril; 110/2011, de 16 de junio; 10/2012, de 25 de enero; 54/2012, de 19 de abril; 116/2012, de 10 de octubre; 119/2012, de 18 de octubre; 18/2013, de 21 de febrero; 68/2013, de 16 de mayo; 124/2013, de 26 de septiembre; 172/2013, de 19 de diciembre; 165/2014, de 13 de noviembre; 11/2015, de 28 de enero; 15/2015, de 5 de febrero; 82/2017, de 22 de junio; 106/2017, de 28 de septiembre y 43/2018, de 29 de marzo.

³⁰ La primera cuestión prejudicial se plantea en la Sentencia es la STCAus de 10 de marzo 1999 (B 2251/97 y B 2594/97), seguida de otras posteriores (SSTACaus de 12 de diciembre de 2000, KR 1-6/00 y KR 8/00; 2 de marzo de 2001, W-14/99 y 28 de noviembre de 2012, G 47/12 ua). Información disponible en la página web del propio Tribunal (apartado *Vorabentscheidungsunterlagen an den EuGH*).

³¹ Sentencia de 8 de mayo de 2007, asunto 47/04, disponible en inglés en <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1400/content>.

³² El Consejo Constitucional francés ha planteado su primera cuestión prejudicial a través de la Decisión 2013-314P QPC, de 4 de abril de 2013, sobre si los artículos 27 y 28 de la Decisión Marco 2002/584/JAI relativa a la orden europea de detención y entrega impedía una entrega diferida en algunos casos concretos. Previamente había excluido tal posibilidad en la Decisión 74-54 DC, de 15 de enero de 1975 (asunto IVG, párrafo 7), y esta idea había sido reiterada en las Decisiones 2006-540 DC, de 27 de julio y 2006-543 DC, de 30 de noviembre, y también en la Decisión 2011-2017 QPC, de 3 de febrero de 2012, en relación con la cuestión prioritaria de inconstitucionalidad. En la Decisión 2006-543 DC se indica que no puede servirse de la cuestión prejudicial por la urgencia con la que debe dictar su resolución en el marco del artículo 61 CF.

Tras la STJUE *Jeremy F.*, de 30 de mayo de 2013, asunto C-168/12 PPU, el Consejo Constitucional ha resuelto en la Decisión 2013-314 QPC, de 14 de junio, considerando que la normativa francesa (artículo 695-46 del Código de Enjuiciamiento Criminal) vulnera el derecho a un recurso judicial efectivo.

En relación con la Decisión 2013-314P QPC, vid., entre otros, Droin, Antoine: «Primera cuestión...», *cit.*, pp. 71 ss.; Simon, Denys: «Il y a toujours une première fois. A propos de la décision 2013-314 QPC du Conseil constitutionnel du 4 avril 2013». *Europe* 5 (2013); Coutron, Laurent & Gahdoun, Pierre-Yves: «Premier renvoi préjudiciel du Conseil Constitutionnel à la Cour de Justice de l'Union Européenne: une innovation aux implications incertaines». *Revue du Droit Public* 2013/5, pp. 1207 ss. Este último autor concluye su trabajo con la afirmación de que «el Consejo se encuentra en una situación un poco curiosa: solicita una interpretación al Tribunal de Justicia, como lo haría cualquier juez para ejercer un control de convencionalidad, pero para hacer en realidad un control de constitucionalidad» (*Ibidem*, p. 1228).

En 2014 se suman a esta lista los Tribunales Constitucionales de Alemania³³ y Eslovenia³⁴. Y un año más tarde emplearan este mecanismo las jurisdicciones constitucionales de Luxemburgo³⁵ y Polonia³⁶.

Centrando nuestra mirada en Italia, conviene recordar que en el Auto 206/1976³⁷ el Tribunal Constitucional deja entrever que son los tribunales ordinarios los que, en su caso, deben servirse de los cauces procesales pertinentes si dudan de la interpretación de una norma comunitaria. Sin embargo, en la posterior STCI 168/1991, afirma tener la facultad del servirse él mismo de la cuestión prejudicial³⁸. Pero vuelve a negar que sea, a estos efectos, un órgano jurisdiccional en el ATCI 536/1995, de 29 de diciembre, ya que su única función es ejercer el control de constitucionalidad y no puede, por ello, «incluirse entre los órganos judiciales, ordinarios o especiales siendo tantas y tan profundas las diferencias entre la función dada a la primera, sin preceden-

³³ El Tribunal Constitucional Federal alemán ha planteado su primera cuestión prejudicial mediante Auto de 14 de enero de 2014, 2 BVR 2728/13, disponible en http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2014/01/rs20140114_2b_vr272813.html, que ha sido evacuada a través de la STJUE Gauweiler, de 16 de junio de 2015, asunto C-62/14. La posterior STCFA de 21 de junio de 2016, 2 BvR 2728/13, disponible en https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/06/rs20160621_2bvr272813.html, acepta, en línea con lo expresado por el Tribunal de Luxemburgo, que el programa OMT (*Outright Monetary Transactions*) es compatible con el Derecho primario de la Unión (esto es, en respuesta a sus interrogantes, que no invade las políticas económicas nacionales y que no vulnera el artículo 123 TFUE). Entre otros muchos estudios, *Vid.* Salinas Alcega, Sergio: «Primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional alemán: algo más que la compatibilidad con el Derecho de la Unión del programa de compras de valores públicos en mercados secundarios». *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* 139 (2015) y, especialmente, Toda Castán, Daniel: «La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania sobre las Outright monetary transactions: una respuesta y muchas preguntas». *Revista General de Derecho Constitucional* 24 (2017), en el que se hace referencia a otros muchos comentarios habidos en la doctrina germana.

Conviene recordar que previamente se había dirigido al Tribunal de Justicia el Tribunal Constitucional del Estado federado de Hesse a través de Sentencia de 16 de abril de 1997, disponible en http://www.rechtsprechung.hessen.de/lexsoft/default/hessenrecht_lareda.html#docid:7359428.

³⁴ Sentencia de 6 de noviembre de 2018, asunto U-I-295/13, disponible en <http://odlocitve.us-rs.si/en/odlocitev/AN03799?q=U-I-295%2F13>.

³⁵ Sentencia 121, de 30 de junio de 2015 (asunto 00119), disponible en <http://data.legilux.public.lu/file/eli-etat-leg-memorial-2015-121-fr-pdf.pdf>. No hay ninguna otra resolución posterior en el mismo sentido en el momento de escribir estas líneas (ver información actualizada en <http://www.justice.public.lu/fr/jurisprudence/cour-constitutionnelle/index.html>).

³⁶ Resolución de 7 de julio de 2015. Ver <http://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/postanowienia/art/8507-wysokosc-stawki-podatku-od-ksiazek-wydawanych-w-formie-cyfrowej-i-innych-publicacji-elektroniczn/>.

³⁷ Auto de 28 de julio, confirmado por los AATCI 144/1990, de 7 de marzo y 244/1994, de 16 de junio.

³⁸ Marta Cartabia recuerda que algunos comentaristas, como Sorrentino, cuestionan que estemos ante una facultad y no ante una obligación, por no haber recurso contra sus decisiones (Cartabia, Marta: «El diálogo...», *cit.*, pp. 219-220). Juan Manuel Trayter alude también a la STCI 64/1990 (*Foro Italiano* 1990/1, p. 747, FJ 6), en la misma dirección [en «Novedades en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado italianos acerca de la utilización de la cuestión prejudicial revista en el artículo 177 CEE. Su influencia sobre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo». *Noticias CEE* 102 (1993), p. 24].

tes en el ordenamiento italiano, y aquellas bien conocidas e históricamente consolidadas propias de los órganos jurisdiccionales». A juicio de Marta Cartabia, con esta doctrina, el Tribunal Constitucional italiano prefiere permanecer al margen de las relaciones entre las normas internas y el Derecho comunitario, y favorece la relación entre los jueces ordinarios y el Tribunal de Luxemburgo³⁹.

Sin embargo, esta jurisprudencia ha sido superada por los AATCI 103/2008, de 13 de febrero y 207/2013, de 3 de julio⁴⁰. En el primero limita su legitimación para hacer uso de la cuestión prejudicial a los recursos directos de inconstitucionalidad (puesto que en estos casos no hay intervención judicial previa en la que se pueda utilizar esta vía procesal⁴¹), y en el segundo la extiende también a los recursos en los que su intervención es incidental. Y se ha ahondado en esta línea con el muy relevante ATCI 24/2017, de 26 de enero, en el que el Tribunal Constitucional italiano ha planteado, en el marco de una cuestión de inconstitucionalidad, una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE. En su Auto el Tribunal Constitucional combate la interpretación que el órgano judicial de la Unión había hecho del artículo 325 TFUE en la relevante STJUE Taricco⁴² y los problemas que la inaplicación de concretas normas penales italianas sobre la prescripción (en concreto, el último apartado del artículo 161 y el 161.2 CPI) suscita desde la perspectiva de las fuentes y de los derechos fundamentales. Tras una nueva resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴³, el Tribunal Constitucional italiano ha concluido en la relevante Sentencia 115/2018, de 31 de mayo⁴⁴, que la inaplicación de la re-

³⁹ *Ibidem*, p. 222.

⁴⁰ Ver, en relación con estos Autos, en el plano doctrinal, entre otros, Giovannetti, T: «L'ultimo passo del cammino comunitario conduce la Corte a Lussemburgo». *Rivista AIC Associazione Italiana dei Costituzionalisti* 2009/5, pp. 1 ss.; Pesole, L: «La Corte ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull'ordinanza núm. 103 del 2008». *Federalismi.it* 15 (2008), pp. 1 ss. y Ucello Barretta, L: «La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nel giudizio incidentale». *Rivista AIC* 2013/11, pp. 1 ss. y Guas- taferro, B: «La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull'ordinanza núm. 207 del 2013». *Forum di Quaderni Costituzionali* 21 (2013), pp. 1 ss., respectivamente.

⁴¹ Y de aquí se derivan dos consecuencias, a juicio de Marta Cartabia. La primera es que no se admitirá a trámite una cuestión de inconstitucionalidad relacionada con normas comunitarias sin que previamente se haya planteada la oportuna cuestión prejudicial (AATCI 206/1976, 536/1995, 319/1996, 108/1998 y 109/1998). Y la segunda, que no es posible plantear simultáneamente una cuestión prejudicial y una cuestión de inconstitucionalidad, y que ésta es la última vía procesal disponible (AATCI 85/2002).

⁴² Sentencia de 8 de septiembre de 2015, asunto C-105/14. Esta resolución ha provocado muchos comentarios doctrinales. Ver, entre todos ellos, Manes, Vittorio: «La svolta Taricco e la potenziale sovversione di sistema: le ragioni del controlimiti». En *Diritto Penale Contemporaneo* (disponible en https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1462376539MANES_2016a.pdf).

⁴³ Sentencia Taricco y otros (II), de 5 de diciembre de 2017 (asunto C-42/17). Aunque mantiene la línea jurisprudencial de Taricco I en lo que atañe a la interpretación del artículo 325 TFUE, entiende que la inaplicación de normas nacionales no se debe producir si la misma conduce a una infracción del principio de legalidad de los delitos y de las penas por la insuficiente determinabilidad de la Ley aplicable o supone una aplicación retroactiva de una sanción más severa a la vigente.

⁴⁴ Párrafo 14. El texto íntegro de la Resolución se puede consultar en <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2018&numero=115>. Es de justicia recordar que el Tribunal de

gla Taricco tiene su origen no solo en la Constitución republicana sino también en el Derecho de la Unión. De esta forma, el Tribunal Constitucional italiano inaplica con carácter general una interpretación de una norma de la Unión que, al decir del Tribunal de Luxemburgo, solamente puede ser obviada en determinadas circunstancias.

Como es sabido, también se ha producido una interesante evolución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español⁴⁵. En un primer momento se muestra claramente contrario a su legitimación para plantear cuestiones prejudiciales en el marco de un recurso de inconstitucionalidad afirmando que esta es una competencia en manos de los órganos que integran el poder judicial. Son estos quienes «están facultados (u obligados, según los casos) para pedir al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 177 del Tratado CEE y preceptos concordantes de los demás Tratados constitutivos, una declaración interpretativa acerca del alcance del art. 5 del Acta Electoral Europea». «Y debe añadirse que en esa labor de los órganos judiciales ordinarios, en su caso mediatizada por el Tribunal de Justicia, ninguna intervención puede tener este Tribunal Constitucional a través de la cuestión de inconstitucionalidad que en su caso intentaran promover aquéllos, pues, tratándose de verificar únicamente la acomodación de una norma nacional a otra del Derecho comunitario europeo, la primacía de éste exige que sean sólo aquellos órganos los llamados a asegurar directamente la efectividad de tal Derecho»⁴⁶.

Insiste en esta misma argumentación, en relación con un recurso de amparo, posteriormente, delimitando con precisión quiénes pueden servirse del mecanismo procesal previsto hoy en el artículo 267 TFUE. En efecto, «tratándose de verificar únicamente la acomodación de una norma interna al Derecho comunitario, esta labor corresponde a los órganos judiciales ordinarios, en su caso mediatizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Y ello excluye, asimismo, que este Tribunal Constitucional dirija una solicitud de interpretación con base en el art. 177 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea al Tribunal de Luxemburgo, pues este precepto, “únicamente resulta operativo en los procesos en que deba hacerse aplicación del Derecho comunitario y precisamente para garantizar una interpretación uniforme del mismo” (STC 28/1991), lo que no es el caso de los procesos ante este Tribunal Constitucional»⁴⁷.

Casación ya había previamente limitado el alcance de la doctrina Taricco (ver Ferrajoli, Luigi: «La Casazione limita la portata della sentenza Taricco», disponible en <https://www.ecnews.it/la-cassazione-limita-la-portata-della-sentenza-taricco/>).

⁴⁵ Ver, por todos, Macías Castaño, José María: *La cuestión...*, cit., pp. 116 ss.

⁴⁶ STC 28/1991/6, de 14 de febrero.

⁴⁷ STC 372/1993/7, de 13 de diciembre. Esta idea se reitera en otras resoluciones posteriores, como es la 265/1994/2, de 3 de octubre. En la STC 143/1994/8, de 9 de mayo, se señalará que no existen normas específicas en aquel ámbito normativo que, autónomamente, puedan erigirse en instrumentos interpretativos de la Constitución, en relación con los derechos fundamentales invocados en este recurso, al amparo de lo dispuesto en el art. 10.2 CE. De esta forma sigue plenamente vigente la doctrina, ya sentada en la jurisprudencia de este Tribunal, que descarta que pertenezca al ámbito de su competencia la salvaguardia del respeto de las normas de Derecho comunitario, existiendo en dicho ordenamiento órga-

Esta jurisprudencia variará con el difundido ATC 86/2011, de 11 de junio, en el que el Tribunal Constitucional español planteara una triple cuestión judicial al Tribunal de Justicia en relación con disposiciones relevantes de la Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio, y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En esta resolución, el Tribunal Constitucional afirma la competencia del Tribunal de Justicia para conocer de la misma y su condición de órgano jurisdiccional.

En relación con la primera se indica que la «competencia interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea resulta especialmente pertinente en relación con aquellas disposiciones de Derecho de la Unión Europea que, como ocurre con las que son aquí relevantes, han de ser aplicadas por una jurisdicción nacional de última instancia, sin que aún hayan sido objeto de interpretación y de las que no cabe deducir, además, una única interpretación que se imponga por su propia evidencia no sólo a este Tribunal, sino también al resto de los órganos judiciales de los Estados miembros y aún al propio Tribunal de Justicia»⁴⁸.

En relación con su propia concepción como órgano jurisdiccional, el Tribunal afirma que «reúne los requisitos exigidos por el artículo 267 TFUE, en la medida en que es un *órgano jurisdiccional* en el sentido de dicho precepto (*Vid.* la STJUE de 30 de junio de 1966, Vaassen-Göbbels, 61/65, Rec. p. 395, así como las conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas en los asuntos De Coster y Alpe Adria, de 28 de junio de 2001, C- 17/00, y de 25 de junio de 2010, C-205/08, respectivamente). Asimismo, las resoluciones de nuestra jurisdicción no son susceptibles de ulterior recurso en los términos exigidos por el artículo 10.1 del Protocolo núm. 36 sobre las disposiciones transitorias del Tratado de Lisboa, en relación con el antiguo artículo 35 TUE y la Ley Orgánica 9/1998, de 16 de diciembre, antes citada (*vid.*, entre otras, la STJUE de 25 de junio de 2009, Roda Golf & Beach Resort, C-14/08, Rec. p. I-5439, apartados 24 a 29, así como las conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas en el asunto Weryński, de 2 de septiembre de 2010, C-283/09, puntos 16 a 25)»⁴⁹.

Con esta decisión, el Tribunal Constitucional se suma a la moda de otras jurisdicciones constitucionales de plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Lo hace asumiendo dos premisas que, como veremos, son discutibles, como son que las disposiciones de la Unión «han de ser aplicadas por una jurisdicción nacional de última instancia» y que él mismo es un órgano jurisdiccional. No explica el Tribunal, y debería haberlo hecho, ese cambio de posición con la doc-

nos y procedimientos adecuados a este fin, siendo, por tanto, manifiestamente improcedente la pretensión de la parte (STC 28/1991, entre otras). Y, finalmente, en la STC 201/1996/2, de 9 de diciembre, se señala que, a «semejanza de lo que acontece en las cuestiones de inconstitucionalidad (SSTC 17/1981, 133/1987, 119/1991 y 111/1993), la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde, de forma exclusiva e irreversible, al órgano judicial que resuelve el litigio, lo que además no impide la defensa del derecho fundamental de las partes ante este Tribunal ya que éstas disponen, a tal fin, del recurso de amparo (STC 180/1993, fundamento jurídico 2.º)».

⁴⁸ ATC 86/2011/4, de 11 de junio.

⁴⁹ *Idem.*

trina anterior. Y no utiliza un argumento (tampoco excesivamente convincente⁵⁰, por otra parte) que podría haber justificado, en alguna medida, su variación jurisprudencial. El Tribunal podría haber señalado que la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2008) impide afirmar, como hiciera en la STC 143/1994/8, de 9 de mayo, que no existen normas en la Unión que «puedan erigirse en instrumentos interpretativos de la Constitución, en relación con los derechos fundamentales invocados en este recurso, al amparo de lo dispuesto en el art. 10.2 CE». Habiendo un nuevo Tratado en materia de derechos humanos, podría entenderse que, en el marco de un recurso de amparo, como es el caso, se active el eventual planteamiento de una cuestión prejudicial.

Debe subrayarse, en todo caso, que hay una tendencia, creciente e imparable, por parte de los Tribunales Constitucionales al planteamiento de las cuestiones prejudiciales. Una tendencia que ha sido por lo general bien recibida por la doctrina⁵¹, y que, pese a todo, puede seguir siendo sometida a crítica.

Pero antes de entrar en ese apartado, debemos asumir que, si se compartiera la tesis expuesta por el Tribunal Constitucional en el ATC 86/2011 debería entenderse que el planteamiento de la cuestión prejudicial no es facultativo, sino obligatorio, por encontrarnos en presencia, siempre de acuerdo con la tesis expuesta en el citado Auto, de un órgano de última instancia⁵².

⁵⁰ El argumento es endeble, y no solamente porque presuponga un discutible entendimiento del artículo 10.2 CE, como más tarde se indicará. También porque los derechos fundamentales de la Unión han sido reconocidos desde la difundida Sentencia Stauder (Sentencia de 12 de noviembre de 1969, asunto 29-69). Sobre la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y su evolución histórica me remito, sin más trámites, a los trabajos publicados en <http://albergueweb1.uva.es/javiermatia/los-ddff-en-la-ue/>.

⁵¹ Especialmente beligerantes son Encarnación Roca Trías y Susana García Couso (en «¿Es real el diálogo entre Tribunales? Cuestión prejudicial y control de constitucionalidad por vulneración de derechos y libertades fundamentales». *Teoría y Realidad Constitucional* 39, 2017), que señalan que la intervención del Tribunal Constitucional (en general), «como órgano judicial a los efectos del art. 267 TFUE, es imprescindible, pues, en relación con el control de normas con rango de ley por vulneración de derechos fundamentales, la cuestión prejudicial se muestra como la fórmula más eficaz» (p. 547). Ver también Trayter, Juan Manuel: «Novedades...», *cit.*, p. 25; Vidal, Carlos: «Tribunal Constitucional...», *cit.*, p. 705; Rodríguez Iglesias, Gil Carlos: «Tribunales Constitucionales...», *cit.*, p. 1199.

⁵² Ver la STJUE Gerhard Köbler v. República de Austria, de 30 de septiembre de 2003 (asunto C-224/01) y, en el plano doctrinal, Tenorio, Pedro: «Tribunal Constitucional y cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea». *La Ley* 14569, 2010, p. 6. Tiene razón Paz Andrés Sáenz de Santa María cuando señala que nuestro Tribunal Constitucional señala, en el ATC 86/2011, de 9 de junio, que resulta especialmente pertinente utilizar la vía prevista en el artículo 267 TFUE «da la impresión de que» «procura eludir el reconocimiento expreso de la obligación, enmascarándolo mediante una expresión light que ayuda a edulcorar la inevitable asunción de la realidad» [En «Un nuevo paso en el diálogo judicial europeo: el Tribunal Constitucional español recurre al reenvío prejudicial». En Fernández Liesa, Carlos R; Moreiro González, Carlos J. y Menéndez Rexach, Eduardo (dirs.): *Libro homenaje a Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, p. 197]. En general, sobre las consecuencias del incumplimiento de la obligación de plantear una cuestión prejudicial, ver, con carácter general, Macías Castaño, José María: *La cuestión prejudicial europea y el Tribunal Constitucional. El asunto Melloni*. Atelier. Barcelona, 2014, pp. 54 ss.

El problema es que, como ya se ha avanzado, nuestra discrepancia es más radical. Pretendemos someter a crítica el eventual planteamiento de cuestiones prejudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales. Se ha señalado que cuando éstas negaban su competencia a estos fines mostraban una actitud altiva y sospechosa⁵³, y nosotros trataremos de demostrar que tal decisión es, cuando menos, razonable en términos jurídicos. A ello vamos.

4. LA POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

En líneas anteriores hemos examinado la concepción comunitaria de «órgano jurisdiccional» elaborada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. También hemos recordado como diversas jurisdicciones constitucionales se han negado, en un primer momento, a servirse de la vía procesal prevista en el artículo 267 TFUE, y han terminado haciendo uso de ella.

Las reservas iniciales tienen que ver, con toda probabilidad, con la específica función que un Tribunal Constitucional cumple en un Estado constitucional que merezca tal nombre. Conviene detenernos brevemente en esta cuestión para examinar después, críticamente, las concretas propuestas doctrinales que justifican una mayor intervención de las jurisdicciones constitucionales en el planteamiento de cuestiones prejudiciales.

Conviene recordar, con nuestro admirado García de Enterría⁵⁴, que el Tribunal Constitucional es «el comisionado del poder constituyente para la defensa de la Constitución», encargado de velar porque todos los poderes constituidos (destacadamente, el legislador) respeten las normas constitucionales. Así concebido, es «el único órgano constitucional reducido sólo a esa función»⁵⁵. Por su peculiar cometido, por su peculiar naturaleza, resulta evidente que no puede trasladarse miméticamente la relación que existe entre el Tribunal de Justicia y los tribunales (ordinarios) internos con la que, en su caso, operaría entre los Tribunales de Luxemburgo y los constitucionales. Y este dato puede revelarse útil para abordar el examen de algunas de las cuestiones que se tratarán en las siguientes páginas.

También conviene recordar algo que, por obvio, no debe pasar desapercibido, y es el sometimiento de todo el entramado constitucional, al respeto de la Constitución, concebida ésta como norma jurídica⁵⁶. Si estas (clásicas) premisas siguen siendo válidas hoy, debemos concluir que nuestro modelo constitucional se fundamenta en unas

⁵³ Cartabia, Marta: «El diálogo...», *cit.*, p. 218.

⁵⁴ Que citamos en la reimpresión del número 100 de la *Revista Española de Derecho Constitucional* (2014), p. 98.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 99.

⁵⁶ Rubio Llorente, Francisco: «La Constitución como fuente de Derecho». En VV.AA: *La Constitución española y las fuentes del Derecho*. 3 vols. Madrid, 1979, y García de Enterría, Eduardo: «La constitución como norma jurídica». *Anuario de Derecho Civil* 1979/2-3, pp. 291 ss.

reglas básicas que solamente pueden verse alteradas a través de los mecanismos constitucionalmente previstos para ello⁵⁷.

Resulta así que la principal función que cumple cualquier Tribunal Constitucional, aquélla que define ontológicamente tal órgano constitucional⁵⁸, es la relacionada con el control de constitucionalidad⁵⁹.

Como resulta lógico, en el ejercicio de esta competencia, que le permite controlar la validez de las normas con fuerza de Ley, el Tribunal Constitucional solamente está vinculado por la Constitución (que debe proteger) y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (que regula su funcionamiento, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones, ex artículo 165 CE) (art. 1.1 LO 2/1979). Su único parámetro, en principio, es el texto constitucional, que debe interpretar y proteger frente a los ataques que pueda sufrir por parte de otras normas con rango de Ley.

Esta afirmación, sin embargo, debe ser matizada por dos razones.

La primera es que el Tribunal Constitucional debe tomar en consideración, en ocasiones, algunas normas interpuestas para determinar si el precepto impugnado es, o no, inconstitucional. Aludimos, claro está, a las normas parámetro.

⁵⁷ La Constitución así lo establece en los artículos 167 y 168, que son, también, normas constitucionales. Al hilo de esta cuestión se ha abierto el debate de si el artículo 93 encierra otra vía (implícita) de modificación constitucional. Más allá de las paradojas discutibles que esta hipótesis suscita (estaríamos en presencia de un cambio constitucional relevante —ya que afecta a materias sensibles— y que se realizaría al margen de cualquier actuación del pueblo, que sí es obligatoriamente consultado cuando se utiliza la vía prevista en el artículo 168 CE), lo importante es que ha sido expresamente rechazada por el Tribunal Constitucional. Aunque éste afirmara en la DTC 1/2004/4 que dicho precepto permite el desplazamiento o inaplicación de la Constitución por parte del Derecho de la Unión, posteriormente ha señalado que el artículo 93 CE presenta límites materiales [como son los derechos fundamentales, STC 26/2014/3 o el «respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (artículo 10.1 CE)», DTC 1/2004/4]. Es lógico que así sea porque el artículo 93 CE no ha «dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales», (STC 215/2014/3). Nosotros seguimos pensando que «ni tal precepto es cauce legítimo para la «reforma implícita o tácita» constitucional, ni podría ser llamada atribución del ejercicio de competencias, en coherencia con ello, una tal contradicción, a través del tratado, de los imperativos constitucionales» (DTC 1/1992/4, de 1 de julio). Ver, en el plano doctrinal, entre otros muchos, Remiro Brotons, Antonio: «Comentarios a los artículos 93 y 94». En Alzaga Villaamil, Óscar: *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Segunda ed. Vol. VII. EDESA. Madrid, 1998, pp. 507 ss. y Martín y Pérez de Nanclares, José: «Hacia una nueva concepción del artículo 93 de la Constitución: comentario a la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional». *Revista Española de Derecho Internacional* 2005/2, pp. 799 ss.

⁵⁸ Ver, Kelsen, Hans: «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit» (1929), que puede consultarse en castellano en *Ius et Veritas* 9 (1994), pp. 17 ss., en la que se presenta su configuración de legislador negativo (*Ibidem*, pp. 29-30). Ver Rubio Llorente, p. 24

⁵⁹ Aunque tempranamente Rubio y Aragón indicaran que esta tarea no resulta exclusiva, puesto que los tribunales ordinarios pueden confirmar la constitucionalidad de normas jurídicas o cuestionar su validez ante el Tribunal Constitucional [en Rubio Llorente, Francisco y Aragón Reyes, Manuel: «La jurisdicción constitucional». En Predieri, Antonio y García de Enterría, Eduardo (dirs.): *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*. Civitas. Madrid, 1981, pp. 807-808].

La segunda es que en muchos países de nuestro entorno se suelen atribuir otras funciones añadidas a su Tribunal Constitucional. Y esto ha ocurrido también en el caso español. La más destacada, sin ningún género de dudas, es la referida al recurso de amparo, mecanismo procesal que permite a los justiciables someter a la consideración del alto Tribunal la eventual lesión de determinados derechos fundamentales que no haya sido reparada previamente por los tribunales ordinarios. Como es bien sabido, es esta la tarea al que más tiempo ha dedicado el Tribunal Constitucional a lo largo de los años.

Debe quedar claro que no se cuestiona, es obvio decirlo, que el Tribunal Constitucional no sea, «en su estructura y en su actuación» un auténtico órgano jurisdiccional y no político⁶⁰. Lo que se discute es cuál es su función en el entramado constitucional. Como indica también Rubio Llorente, «ante el Tribunal se puede residenciar eficazmente todas las actuaciones eventualmente inconstitucionales del poder» y, y ésta es la más relevante para nosotros, «en ningún caso serán residenciables ante el Tribunal cuestiones impropias de la jurisdicción constitucional»⁶¹.

Si se comparten las tesis expuestas hasta el momento, resulta difícil aceptar que los Tribunales Constitucionales deban servirse, por y en principio, de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Marta Cartabia ofrece algunos argumentos en favor de la competencia prejudicial europea de los Tribunales Constitucionales⁶².

El primero de ellos es que la función del Tribunal Constitucional no puede considerarse extraña a la función jurisdiccional⁶³. Acabamos de analizar, con detalle, como si bien su actuación se adecúa a la judicial, su competencia es exclusiva y excluyente, en lo que atañe al control de constitucionalidad, y subsidiaria, en lo que atañe al respeto (subjetivo) de los derechos constitucionales (que se recogen, es oportuno recordarlo, en preceptos constitucionales).

⁶⁰ Rubio Llorente, Francisco: «Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional». *Revista de Estudios Políticos* 16 (1982-83), p. 30.

⁶¹ *Ibidem*, p. 30.

⁶² Aunque es habitual que muchos autores (ver las primeras notas de este estudio) asuman acríticamente que los Tribunales Constitucionales son órganos jurisdiccionales a los efectos del artículo 267 TFUE, otros han tratado de justificar detenidamente esta afirmación. Así lo hace Pedro Tenorio que presenta algunos argumentos no jurídicos (tal actuación favorece el proceso de construcción europea y permite la eventual influencia de nuestro Derecho Constitucional en el europeo) y jurídicos (no existe total separación entre el bloque de la constitucionalidad y el Derecho de la Unión, se incluyen en la categoría de órgano judicial determinada por la autoridad competente, que es el Tribunal de Justicia, el incumplimiento de hacerlo como última jurisdicción pueden desencadenar la responsabilidad del Estado español, y el ejemplo de otras jurisdicciones europeas de nuestro entorno) (en «Tribunal...», *cit.*, pp. 4-7). Y entre los primeros deberían incluirse los beneficios aportados por Luis Arroyo Jiménez (en «Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional». *Indret* 4/2011, p. 23): hacer ver el carácter constitucional de las dudas formuladas, delimitar el debate procesal, trasladar la opinión propia sobre el asunto y orientar la interpretación del Derecho de la Unión que mejor se compadece con nuestro ordenamiento constitucional.

⁶³ Cartabia, Marta: «El diálogo...», *cit.*, p. 222.

El segundo argumento es que existe «una manifiesta contradicción entre la calificación de la Corte Constitucional como *juez a quo* [sic] en el caso de la prejudicial constitucional y en la negación de dicha calificación a los fines de la prejudicial comunitaria»⁶⁴.

El argumento es hábil, pero discutible. Parte de una premisa y es que el Tribunal Constitucional es un órgano judicial al menos cuando está resolviendo un recurso de amparo, y esto resulta discutible porque el amparo no es exactamente ni una instancia judicial ni un recurso pleno, sino de cognición limitada. En todo caso, lo que la autocuestión garantiza es que sea el Pleno del Tribunal el que, en principio, pueda ocuparse del ejercicio del control de constitucionalidad. Y por cierto, ya en el marco de esta competencia resulta discutible que pueda afirmarse que concurren algunos de los elementos que el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera útiles para constatar que estamos en presencia de un órgano jurisdiccional a los efectos del artículo 267 TFUE⁶⁵.

Marta Cartabia considera, en tercer lugar, que tras la vieja doctrina del Tribunal Constitucional italiano reacia a servirse de la cuestión prejudicial se esconde, en el fondo, el argumento de que «la Corte Constitucional, en cuanto guardián supremo de la Constitución, no puede sujetarse al deseo de ningún otro juez»⁶⁶. Sin embargo, conviene recordar, según la misma autora, que los tribunales constitucionales aplican frecuentemente las orientaciones jurisprudenciales del Tribunal de Justicia.

La autora señala que las jurisdicciones constitucionales han aceptado, además su primacía y efecto directo, concluyendo que no es que el Tribunal Constitucional italiano no se someta al Tribunal de Justicia, sino que no quiere *aparecer* sometido a él⁶⁷. Se viene a sostener, entonces, que, dado que el Tribunal Constitucional italiano ha aceptado, *de facto*, materialmente, la primacía del Derecho de la Unión, debe asumir igualmente las obligaciones procesales que le impone el artículo 267 TFUE.

Esta opinión se fundamenta en una premisa que ni puede ser compartida ni se ajusta a la realidad.

Nuestra discrepancia teórica tiene su origen en la posición que ocupan en los ordenamientos estatales los Tratados internacionales. Dado que hemos tenido la oportunidad de exponer nuestras tesis en otras ocasiones, nos limitamos ahora a resu-

⁶⁴ *Ibidem*, p. 223.

⁶⁵ En la autocuestión constitucional no existe un proceso contradictorio, puesto que el único interés en juego es la eventual depuración del ordenamiento jurídico. Manuel Cienfuegos indica, acertadamente, que lo mismo ocurre con la cuestión prejudicial. Estamos en presencia de un «procedimiento no contencioso, o —en expresión del Tribunal de Justicia— procedimiento objetivo sin partes» (STJUE Da Costa en Shaake, de 1963, apartado 4). ¿No ocurre lo mismo, con carácter general, con el control de constitucionalidad ejercido por nuestro Tribunal Constitucional?

⁶⁶ *Idem*.

⁶⁷ *Idem*. Sigue la autora: «El nudo problemático, entonces, no parece ser de naturaleza sustancial —abrirse o no a la recepción de las interpretaciones y de las valoraciones del Tribunal de Justicia europeo—, sino sobre todo formal —aceptar el deber comprometerse en un diálogo ritual a través de los canales para ello propuestos por los tratados comunitarios—».

miralas brevemente, remitiéndonos a la argumentación recogida en estudios previos: (a) Por lo general⁶⁸, los Tratados internacionales son normas que forman parte del Derecho interno y están sometidos al control de constitucionalidad, (b) las normas de la Unión Europea no puede contravenir en ningún caso nuestra Constitución, dado que el artículo 93 no opera como procedimiento de reforma de acuerdo con la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional⁶⁹.

Discrepamos, pues, de la posición de la autora italiana. Y también de su percepción de lo que ocurre. No creemos que ni el Tribunal Constitucional ni otras jurisdicciones similares de nuestro entorno hayan asumido, plenamente, la primacía del Derecho de la Unión propugnada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

No lo ha hecho, a nuestro parecer, el Tribunal Constitucional italiano. Aunque podríamos centrar nuestra mirada exclusivamente en la reciente STCI 115/2018/10, de 10 de abril, en la que inaplica la regla Taricco porque vulnera el artículo 25.2 CI, conviene recordar que esta Sentencia se inscribe en una larga serie de resoluciones judiciales en la que se recuerda que el Derecho de la Unión no puede comprometer los principios fundamentales de la Constitución y los derechos inalienables de las personas⁷⁰. Y también se ha confirmado el eventual control de constitucionalidad en relación con las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁷¹.

Tampoco el Tribunal Constitucional español se ha ajustado, en puridad, a lo indicado por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 26 de febrero de 2013, asunto C-399/11, que resolvía la cuestión prejudicial planteada mediante ATC 86/2011, de 9

⁶⁸ Hay normas diferentes en algunas Constituciones, como son la holandesa o luxemburguesa.

⁶⁹ Un exhaustivo resumen jurisprudencial relativo al Tribunal Constitucional español se recoge en *Los Tratados Internacionales y el Principio Democrático*. Marcial Pons. Madrid, 2018, pp. 107 ss., y un breve análisis comprado se recoge en «De primacía, derechos y tribunales». En Gordillo Pérez, Luis I. (coord.): *Constitución española e integración europea. Treinta años de Derecho Constitucional de la integración*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2018, pp. 140 ss.

⁷⁰ Ver las SSTCI 183/1973/9, de 18 de diciembre, 176/1981/2.d, de 6 de octubre; 170/1984/7, de 5 de junio; 299/1987/2, de 11 de noviembre; 1146/1988/2.1, de 15 de diciembre; 203/1989/3, de 11 de abril; 232/1989/3.1, de 13 de abril; 168/1991/4, de 8 de abril; 117/1994/2, de 23 de marzo; 509/1995/2, de 11 de diciembre; 73/2001/3.1, de 19 de marzo; 284/2007/3, de 4 de julio; 125/2009/1.1, de 22 de abril; 227/2010/7, de 21 de junio; 288/2010/4, de 4 de octubre; muy relevante 238/2014/2.1, de 22 de octubre; 111/2017/3, de 5 de abril y la citada 115/2018/10, de 10 de abril y AATCI 132/1990, de 28 de marzo, 454/2006, de 13 de diciembre; 25/2010, de 25 de enero; 196/2012, de 20 de junio; prejudicial 24/2017/2, de 23 de noviembre de 2016; 48/2017, de 7 de febrero.

⁷¹ En la STCI 348/2007/4.7, de 22 de octubre, se indica que «lo que se ha dicho hasta ahora, no significa que las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos, según la interpretación del Tribunal de Estrasburgo, adquieran la fuerza de las normas constitucionales y por lo tanto sean inmunes a la legalidad constitucional de esta corte. Precisamente porque son normas que integran el parámetro constitucional, pero permanecen todavía en un nivel sub-constitucional, es necesario que se ajusten a la Constitución. La naturaleza particular de las mismas reglas, diferente tanto de las comunitarias [.] supone que el escrutinio de constitucionalidad no puede limitarse a la posible violación de los principios y derechos fundamentales [.] , sino que debe extenderse a todo perfil de contraste entre las *reglas interpuestas* y las constitucionales». Por otra parte, en la STCI 349/2007/6, de 22 de octubre, se realizan muy interesantes reflexiones sobre el Convenio Europeo y los derechos fundamentales protegidos en la Unión Europea.

de junio. En efecto, la STC 26/2014, acertadamente⁷², aplica un test de control más estricto al caso, siguiendo la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en detrimento de la posición mantenida por el Tribunal de Luxemburgo. Y tal proceder no es sorprendente, a la vista del análisis global de la jurisprudencia constitucional española relacionada con el principio de primacía del Derecho de la Unión y sus límites⁷³.

Resulta, pues, que ni el Tribunal Constitucional italiano ni el español asumen, acríticamente, la primacía del Derecho Comunitario (ni, consiguientemente, su posición subordinada respecto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea). Y estas reservas, que se extienden por otras muchas jurisdicciones constitucionales⁷⁴, impiden asumir que su prudencia a la hora de no auto-definirse como órganos jurisdiccionales de la Unión fueran infundadas y que respondieran exclusivamente a motivaciones estéticas. Hay ocasiones (Melloni es un ejemplo patente) en el que no admite reproche relati-

⁷² Nos remitimos al estudio «Primacía del Derecho de la Unión y derechos constitucionales. En defensa del Tribunal Constitucional» [*Revista Española de Derecho Constitucional* 106 (2016), pp. 479] tanto en lo que atañe a nuestra visión crítica de los problemas suscitados como en lo atinente a la amplia bibliografía doctrinal que ha provocado.

⁷³ Matia Portilla, Francisco Javier: «De primacía, ...», *cit.*, pp. 145 ss.

⁷⁴ El Tribunal Constitucional belga ha señalado que «el hecho de que la ley cuestionada transponga una decisión-marco europea no dispensa al legislador de garantizar la libertad individual protegida por la Constitución y los tratados» (STCB 128/2007/A.5.2, de 10 de octubre).

Las reservas expresadas por el Tribunal Constitucional Federal alemán con el proceso europeo de integración no se han limitado a advertencias leales relacionadas con la protección de los derechos fundamentales, el principio democrático, el marco de actuación de la UE y, en definitiva, la identidad estatal [ver Solange I (BVerfGE 37, 271), de 29 de mayo de 1974; Solange II (BVerfGE 73, 339), de 22 de octubre de 1986; Ordenación de Plátanos (BVerfGE 102, 147), de 2000; Maastricht (BVerfGE 89, 155), de 1993; Honeywell (2 BVerfGE 2661, 06), de 2010 y Lisboa (BVerfGE. 123, 267)]. A esta jurisprudencia debe sumarse las STFCA OTM (2 BvR 2728/13, de 21 de junio de 2016, párrafo 138 y 162, donde mantiene la reserva de jurisdicción), que ya ha sido analizada supra, y BvR 2735/14 (de 15 de diciembre de 2015, párrafo 36) en la que se concede al amparo a una persona sometida a la Decisión Marco sobre detención y entrega sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ver, en el plano doctrinal, sobre esta última, Burchardt, Dana: «Die Ausübung der Identitätskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht-Zugleich Besprechung des Beschlusses 2 BvR 2735/14 des BVerfG vom 15.12.2015 ("Solange III"/ "Europäischer Haftbefehl II")». *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2016/2, pp. 527 ss. y Reinbacher, Tobias & Wendel, Mattias: «The Bundesverfassungsgericht's European Arrest Warrant II Decision». *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2016/4, pp. 702 ss.

El Tribunal Constitucional checo también ha entendido que existen límites a la integración europea (soberanía, democracia y derechos fundamentales) (STCCh de 26 de noviembre de 2008, PL ÚS 19/08) y se ha enfrentado abiertamente a la STJUE Landtová (Sentencia de 22 de junio de 2011, C-399/09) en su Sentencia de 31 de enero de 2012 (PL. ÚS 5/12, disponible en <https://www.usoud.cz/en/decisions/20120131-pl-us-512-slovak-pensions-1/>). Aunque esta actuación es seriamente cuestionada en Rodríguez-Izquierdo Serrano, Miryam: «Diálogo entre jurisdicciones ultra vires y rabieta: comentario a la Sentencia de 31 de enero de 2012 del Tribunal Constitucional Checo». *Revista Española de Derecho Constitucional* 97 (2013), pp. 371 ss., hay autores que también subrayan el excesivo rigorismo mostrado por el Tribunal de Luxemburgo en el proceso [ver Alonso García, Ricardo: «Guardar las formas en Luxemburgo». *Revista General de Derecho Europeo* 28 (2012), pp. 1 ss.].

zar una norma de la Unión, interpretada de manera excesivamente rigorista, y proteger un derecho fundamental.

Y conviene recordar, además, que la Unión Europea se compromete hoy a respetar la identidad nacional.⁷⁵

Resulta a la postre, que ni el diálogo de jurisdicciones se presenta como algo colaborativo ni la cuestión prejudicial es un mecanismo horizontal de colaboración⁷⁶. Aunque son innumerables los estudios que presentan así el mecanismo previsto en el artículo 267 TFUE, lo cierto es que a través del mismo el Tribunal de Justicia trata de maximizar, con mayor o menor acierto, la aplicación uniforme del Derecho de la Unión, como es lógico. Y es igualmente razonable que los Tribunales Constitucionales tiendan a proteger su Constitución cuando consideran, con mayor o menor acierto, que la Unión Europea la está comprometiendo seriamente.

En otras palabras, los Tribunales constitucionales no pueden ser considerados órganos jurisdiccionales a los efectos del artículo 267 TFUE porque no aplican Derecho de la Unión. Su único parámetro, en el marco del control de constitucionalidad, es, en principio, la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; y, en el marco del recurso de amparo, la protección de los derechos fundamentales (que son al tiempo normas constitucionales). Esta idea está tan interiorizada en el seno de nuestro Tribunal Constitucional que, con posterioridad a presentar una cuestión prejudicial, sigue realizando sendas afirmaciones que no son fácilmente conciliables con el ATC 86/2011.

De un lado, el Tribunal ha señalado que, «estando pendiente de resolución una cuestión prejudicial planteada por el órgano judicial sobre una norma legal, por entender que puede ser incompatible con el Derecho de la Unión Europea, no cabe que ese órgano plantee cuestión de inconstitucionalidad sobre esa misma norma hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelva»⁷⁷.

⁷⁵ Artículo 4.2 TUE. No vamos a profundizar ahora en esta cuestión, pero sí que podemos avanzar que esta previsión no resolverá la cuestión porque resulta lógico pensar que el Tribunal de Luxemburgo defenderá que es el máximo intérprete de este artículo como de cualquier otro precepto recogido en una norma de la Unión, y los Tribunales Constitucionales realizarán un control propio de cuando consideran que una norma o acto de la Unión afectan a la identidad estatal (*Ibidem*, p. 156).

⁷⁶ Así, por ejemplo, Blanquet, Marc y Esplugas-Labatut, Pierre: «Quel(s) usages de la question préjudicielle devant la Cour de Justice par les Cours Constitutionnelles». En Magnon, Xavier, Mouton, Stéphane, Esplugas, Pierre and Mastor, Wanda (eds.): *L'office du juge constitutionnel face aux exigences supranationales*. Bruylant. Bruxelles, 2015, p. 197, quien sigue indicando que la posición de ambos tribunales es similar. Ver, con carácter general, Sarmiento, Daniel: *Poder judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*. Civitas. Cizur Menor, 2004.

⁷⁷ ATC 168/2016/4, de 4 de octubre. Sigue subrayando el alto Tribunal que la «eventual incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho de la Unión sería causa de su inaplicabilidad en el proceso y, por tanto, faltaría una de las condiciones exigidas para la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad; que la norma con rango de ley cuestionada sea “aplicable al caso” (arts. 163 CE y 35.1 LOTC). El planteamiento simultáneo en el presente caso de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la cuestión de inconstitucionalidad determina, en consecuencia, la inadmisibilidad de esta por incumplimiento del requisito de la aplicabilidad (art. 37.1 LOTC).» Tesis reiterada en los AATC 183/2016/2, y 185/2016/2, de 15 de noviembre.

De otro lado, el Tribunal Constitucional ha aclarado que los problemas de las normas con fuerza de Ley, la Constitución y el Derecho de la Unión deben ser despejados acudiendo primero al Tribunal de Justicia y después, en su caso, al Tribunal Constitucional. Si se interpone anticipadamente la cuestión de inconstitucionalidad se incurre en causa de inadmisión, «ya que al tiempo de plantearla el órgano judicial ha exteriorizado sus dudas acerca de la compatibilidad de la Ley 15/2012 con el Derecho de la Unión Europea, por lo que vendría obligado bien a no aplicarla, bien a plantear primero la cuestión prejudicial, y solo cuando haya quedado descartada la incompatibilidad de la norma nacional con el Derecho comunitario cabría plantear la cuestión de inconstitucionalidad»⁷⁸.

Como ya se ha adelantado, el encaje de esta doctrina, mantenida también por otras jurisdicciones constitucionales⁷⁹, con la contenida en el ATC 86/2011 ofrece algunas dudas que no son menores ¿Resulta coherente que el Tribunal Constitucional haya optado por reconocerse órgano jurisdiccional a los efectos del artículo 267 TFUE en el marco de un recurso de amparo y no haga lo propio en estos casos? ¿Es probable que la negativa provenga del específico mecanismo procesal —cuestión de inconstitucionalidad— y que sea posible mantener que el Tribunal Constitucional puede plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia en el marco de un recurso de inconstitucionalidad?

Precisamente Ricardo Alonso García defiende la intervención prejudicial del Tribunal Constitucional en los casos en que una norma con fuerza de Ley pueda comprometer el Derecho de la Unión (por presunta vulneración de los artículos 93 y 96.1 CE⁸⁰). Como es bien sabido, el control de convencionalidad no es considerado por nuestro Tribunal Constitucional, ni por otros de nuestro entorno, un problema de constitucionalidad, sino de selección de la norma aplicable. Aunque es cierto que esta construcción dogmática resulta cuestionable⁸¹, lo cierto es que favorece la más inmediata implementación del Derecho de la Unión Europea. En todo caso, los supuestos a los que el autor se refiere (el empeño manifiesto del legislador por contravenir con su

⁷⁸ AATC 202/2016/3, 203/2016/3, 204/2016/3 y 205/2016/3, de 13 de diciembre

⁷⁹ Cfr., por ejemplo, SSTC Austriaco de 14 de marzo de 2012, asuntos U 466/11-18 y U 1836/11-13, párrafo 19 (en el plano doctrinal, Arzoz Santisteban, Xavier: *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*. INAP. Madrid, 2015, pp. 5-359); y Decisión del Consejo Constitucional francés 2010-605 DC, de 12 de mayo, párrafo 10). En la primera resolución indicada se afirma que, «En cuanto a la Carta de los Derechos Fundamentales, este es el caso si un derecho constitucionalmente garantizado, especialmente un derecho del TEDH, tiene el mismo alcance de aplicación que un derecho de la Carta de los Derechos Fundamentales. En tal caso, el Tribunal Constitucional basará su decisión en la Constitución austriaca sin necesidad de una petición de decisión prejudicial en los términos del artículo 267 TFUE» (párrafo 59), olvidando que los derechos fundamentales de la Unión se reconocen en un marco específico que puede afectar a su entendimiento y alcance.

⁸⁰ Alonso García, Ricardo: *Justicia constitucional y Unión Europea*. Civitas. Cizur Menor, 2005, p. 50.

⁸¹ De un lado porque otros conflictos competenciales son resueltos por el Tribunal Constitucional y de otro porque se relativiza la sujeción del poder judicial a la Ley. En todo caso, la tesis de que estamos ante un problema de selección de norma aplicable se refuerza con la STC 140/2018/6, de 20 de diciembre.

actuación el Derecho de la Unión o la norma con fuerza de Ley que no ha sido modificada o derogada aunque ya ha sido desautorizada por el Tribunal de Justicia⁸²), tienen una clara resolución en la actuación directa de los aplicadores del Derecho, que están obligados a asegurar la aplicación de la norma de la Unión frente a esa actuación.

La cuestión prejudicial europea también podría tener su origen, a juicio del mismo autor, a través del control ejercido por el Tribunal Constitucional mediante la cuestión de inconstitucionalidad⁸³. Nuestra discrepancia en este punto se refuerza, por dos razones. La primera es que en este caso han intervenido órganos judiciales que están obligados, ellos sí, de forma indudable, a tomar en consideración el Derecho de la Unión. La segunda es que, además, es presupuesto de la cuestión de inconstitucionalidad que la norma de cuya validez dudan sea aplicable al caso. Como acertadamente ha señalado el Tribunal Constitucional si el órgano judicial que plantea dudas sobre la compatibilidad de una norma con fuerza de Ley con la Constitución y con el Derecho de la Unión, en su mano está despejar esta última a través del mecanismo del artículo 267 TFUE, ya que se cumple el presupuesto allí previsto para su utilización.

También plantea Ricardo Alonso la utilización de la cuestión prejudicial por parte del Tribunal Constitucional «como fuente hermenéutica e incluso integradora a la hora de interpretar el texto constitucional»⁸⁴ en diversas materias (derechos fundamentales, distribución competencial Estado-Comunidades Autónomas, o en otros temas específicos —nociones de reserva de Ley, extraordinaria y urgente necesidad, delimitación de bases—⁸⁵). Una vez más, debemos mostrar nuestra respetuosa discrepancia con esta opinión en general, y muy particularmente, cuando aludimos a los derechos fundamentales.

Desde un punto de vista general, conviene diferenciar dos situaciones que son, a nuestro juicio, diferentes. Una cosa es que a la hora de razonar el Tribunal Constitucional se valga del Derecho de la Unión (y su interpretación conferida por el Tribunal de Luxemburgo) (que es aplicable y que goza de primacía), como hace con innumerables normas internacionales e internas, y otra, bien distinta, que pueda acudir al Tribunal de Luxemburgo para desentrañar el contenido y alcance de una norma constitucional. Lo primero no solamente no admite reproche, sino que evidencia que el Tribunal Constitucional es sensible con el Derecho de la Unión y con la relevante posición que ocupa en los ordenamientos nacionales. Lo segundo resultaría sorprendente, salvo que entendiera que el Derecho de la Unión presenta carácter constitucional lo que, como ya se ha señalado previamente, no es el caso.

⁸² En este último caso no se entiende muy bien cuál sería el objeto del nuevo reenvío, puesto que lo procedente (la expulsión de la norma incompatible con el Derecho de la Unión) solamente puede ser realizado por una autoridad nacional. Acaso sería posible explorar, en este caso, la vía del incumplimiento estatal, aunque sería difícil que prosperara si la norma nacional, que cuestiona el principio de seguridad jurídica, no impide la aplicación del Derecho de la Unión.

⁸³ Alonso García, Ricardo: Justicia constitucional..., *cit.*, p. 97, nota 64.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 50.

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 50-51.

Nuestras reservas son, si cabe, más intensas cuando hacemos referencia a los derechos fundamentales. Lo son porque, como es bien sabido, los derechos fundamentales de la Unión, recogidos en la Carta, presentan para el Tribunal Constitucional un valor exclusivamente hermenéutico, a diferencia de lo que ocurre con el resto de operadores jurídicos en nuestro país, para los que operan como reglas jurídicas⁸⁶. Un valor que debe conciliarse, como no, con otros tratados internacionales en materia de derechos humanos, que también pueden aportar elementos interpretativos de interés. Conviene recordar, en particular, que el Tribunal Constitucional opta por resolver el amparo interpuesto por Stefano Melloni aplicando el estándar más garantista ofrecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en detrimento del defendido por el Tribunal de Luxemburgo⁸⁷.

En todo caso, incluso si asumiéramos, a título de inventario, que el Tribunal Constitucional pudiera acudir ante el Tribunal de Luxemburgo para servirse del Derecho comunitario «como fuente hermenéutica e incluso integradora»⁸⁸, la pregunta inmediata que debería realizarse es si el Tribunal Constitucional se vería vinculado por la respuesta del Tribunal de Luxemburgo o no. Si lo es, la jurisdicción constitucional abdicaría de ser el máximo intérprete de la Constitución. Si no lo es, se debilita la función institucional del Tribunal de Luxemburgo.

Por eso nos sigue pareciendo más acertado que las jurisdicciones constitucionales se abstengan, en principio, de plantear cuestiones prejudiciales. Nuestras reservas a que el Tribunal Constitucional plantee cuestiones prejudiciales no pretenden preservar «todo su prestigio y su legitimidad», sino, como la misma autora indica⁸⁹, mantener «márgenes más amplios de interpretación del Derecho comunitario y mayor libertad de decisión».

Justificada extensamente nuestra posición, podríamos poner aquí punto y final al presente estudio. Pero resulta conveniente realizar dos consideraciones suplementarias, que lo complementan y delimitan.

La primera es para aclarar, si hiciera falta hacerlo, que nuestra posición no pretende cuestionar ni el proceso europeo de integración ni, lo que es más relevante en este trabajo, su relevancia constitucional. Y nadie está mejor posicionado que el Tribunal Constitucional en este punto. Por este motivo debemos alegrarnos, en primer lugar, de que sean muchos los casos en los que la posición expresada por el Tribunal de Luxemburgo en cuestiones prejudiciales se deslice en resoluciones constitucionales.

⁸⁶ STC 292/2000/8, de 30 de noviembre, DTC 1/2004/6, de 13 de diciembre y artículo 2 de la LO 1/2008, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa. En el plano doctrinal Matia Portilla, Francisco Javier: «Los derechos fundamentales de la Unión Europea en tránsito: de Niza a Lisboa, pasando por Bruselas». *Revista Española de Derecho Europeo* 39 (2011), pp. 14-15.

⁸⁷ Nos remitimos a Matia Portilla, Francisco Javier: «Primacía...», *cit.*, pp. 479 ss. (esp. 516 ss.).

⁸⁸ Alonso García, Ricardo: *Justicia constitucional ...*, *cit.*, p. 50.

⁸⁹ Cartabia, Marta: «El diálogo...», *cit.*, p. 227.

les y se utilice, casi siempre, como argumento de autoridad⁹⁰. También debe ser acogida favorablemente la jurisprudencia que considera comprometidos el derecho a la tutela judicial efectiva⁹¹ cuando un órgano judicial inaplica una Ley por ser, a su juicio, incompatible con el Derecho de la Unión sin plantear previamente la cuestión prejudicial⁹². También resulta censurable que el órgano judicial desconozca conscientemente una norma de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁹³. Y, finalmente, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, el hecho de que un órgano judicial no motive suficientemente su negativa a plantear una cuestión prejudicial⁹⁴.

⁹⁰ Ver SSTC 120/1998/4, de 15 de junio; 10/2005/6, de 20 de enero; 71/2013/3, de 8 de abril, 66/2014/3, de 5 de mayo, 110/115/11, de 28 de mayo, 71/2016/4, de 14 de abril, 140/2016/5, de 21 de julio; 86/2017/6, de 4 de julio; 3/2018/4, de 22 de enero, y, especialmente, STC 35/2016/6 de 3 de marzo. En esta última, señala nuestro Tribunal Constitucional que «la desestimación de una cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no impide el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante este Tribunal Constitucional en relación con el mismo precepto legal, pues una y otra jurisdicción tienen ámbitos diferentes (por todas, STC 28/1991, de 14 de febrero, FFJJ 4 a 6), ni condiciona el pronunciamiento de este Tribunal en esa cuestión de inconstitucionalidad. Ahora bien, tratándose de limitaciones a la libertad de empresa, la pertenencia de España a un espacio de libre circulación de personas, servicios y capitales, como es la Unión Europea, y la conformidad de la medida cuestionada con esas libertades y principios apreciada por el Tribunal de Luxemburgo, hace que esta jurisdicción constitucional deba tener muy presentes las conclusiones alcanzadas por este último en ese proceso anterior sobre la misma medida ahora sometida a nuestro control, al haber sido esa medida contrastada en ese proceso anterior con normas que en última instancia persiguen preservar el mismo interés jurídicamente protegido en el art. 38 CE». Confirma este parecer los AATC 168/2016/4, de 4 de octubre; 202, 203, 204 y 205/2016/3, de 13 de diciembre.

⁹¹ Ricardo Alonso García alude también, acertadamente, al derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley (en Justicia constitucional..., *cit.*, p. 49).

⁹² SSTC 58/2004/13, de 19 de abril; 194/2006/5, de 19 de junio y 187/2012/5, de 29 de octubre. Esta obligación decae, lógicamente, si el Derecho comunitario no resulta aplicable ni *ratione loci* ni *ratione materiae* (STC 78/2010/5, de 20 de octubre).

⁹³ En efecto, puede suponer una «selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso», lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 232/2015/4, de 5 de noviembre). Incide en esta misma dirección la STC 75/2017/3, de 19 de junio: «la inaplicación de la citada Directiva por la resolución judicial objeto de amparo, sin motivar siquiera la oportunidad o conveniencia de plantear una nueva cuestión prejudicial, como igualmente autoriza a hacer la misma Sentencia asunto Cilfit, apartado 15, (i) infringió el citado principio de primacía; (ii) incurrió, por ello, en una «selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso»; (iii) y, consiguientemente, vulneró, de este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente (art. 24.1 CE) en los términos ya señalados por la jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 145/2012, de 2 de julio, y 290/2006, de 9 de octubre)».

⁹⁴ Y es que, «no hay un derecho de la parte en un proceso al planteamiento de la cuestión prejudicial pero el Tribunal, ante la puesta de manifiesto de la necesidad u oportunidad de la misma, debe motivar suficientemente su opción. Y ello sería, en principio, englobable dentro del canon general de control externo de la motivación de las resoluciones judiciales (STC 27/2013, de 11 de febrero). No se exige pues un canon constitucional reforzado para fundamentar en Derecho la negativa de un órgano jurisdiccional a presentar una cuestión prejudicial de interpretación (en este sentido, STC 27/2013)». No se motiva en el incidente de nulidad 'se sitúa fuera del campo de un incidente de nulidad de actuaciones' (STC 135/2017/3, de 27 de noviembre). Ver también las STC 22/2018, de 5 de marzo, que se acompaña de un Voto Particular concurrente de los Magistrados Conde-Pumpido Tourón y Balaguer Callejón. Estos Magis-

La segunda consideración suplementaria con la que, ahora sí, finalizamos este estudio es que nuestra tesis es que el Tribunal Constitucional no debe plantear cuestiones prejudiciales con carácter general. Ello no pretende excluir que sea conveniente que lo haga, de forma excepcional, si en una concreta hipótesis le parece útil hacerlo. Lo que pretende expresarse es que esta aproximación dogmática debe conciliarse, si fuera preciso, con un enfoque pragmático. Esto es precisamente lo que, a nuestro parecer, ha ocurrido con el citado ATCI 24/2017, en el que el Tribunal Constitucional adelanta algunas respuestas inequívocas a las respuestas que suscita y da la oportunidad al Tribunal de Luxemburgo de evitar el muy previsible choque de trenes en el caso de no matizar su doctrina Taricco⁹⁵, como así hace. Resulta difícil ver en la citada resolución constitucional rastro alguno de diálogo, aunque así se siga interpretando por una buena parte de la doctrina⁹⁶.

trados consideran, acertadamente, que la decisión judicial de preterir la aplicación de la norma comunitaria, que había sido interpretada por el Tribunal de Luxemburgo, produce una lesión del derecho fundamental por la indebida selección del Derecho aplicable.

Si la decisión judicial de no plantar la cuestión prejudicial está motivada no se vulnera, lógicamente, el derecho fundamental, sea o no, órgano de última instancia (ver AATC 296/1993/2, de 4 de octubre; 62/2007/4, de 7 de febrero y 155/2016/6, de 20 de septiembre —esta última con Votos Particulares—). Son también relevantes en esta materia las SSTC 111/1993/2, de 25 de marzo; 180/1993/2, de 31 de mayo; 203/1996/2, de 9 de diciembre; 27/2013, de 11 de febrero (con VP discrepante); 54/2014/4, de 7 de abril; 212/2014/3, de 18 de diciembre (con VP discrepante), 99/2015/3, de 25 de mayo y 128/2017/8, de 13 de noviembre (donde la parte no motiva la solicitud de planteamiento).

Finalmente, esta queja se inadmite por falta de agotamiento de la vía judicial previa al amparo en los AATC 119/2007, de 18 de abril; 225/2007, de 20 de abril; 256/2007, de 23 de mayo; 259/2007, de 24 de mayo. En el ATC 4/2016, de 18 de enero, se afirma que realizó un planteamiento tardío de la solicitud con claro ánimo dilatorio.

⁹⁵ STJUE de 8 de septiembre de 2015, asunto C-105/14, EU:C:2015:555.

⁹⁶ Ver Romboli, Silvia: «Los contra-límites en serio y el caso Taricco: el largo recorrido de la teoría hasta la respuesta contundente pero abierta al diálogo de la Corte Constitucional italiana». *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 28 (2017), apartado 7.

IVAP

HERRI ARDURALARITZAREN
EUSKAL ERAKUNDEA

Erakunde Autonomiaduna
Organismo Autónomo del



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO