

¿LA CUESTIÓN DE INTERPRETACIÓN ANTE EL TRIBUNAL ARBITRAL DE LA ALTA SILESIA (1922-1937) COMO ANTECEDENTE DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EUROPEA?*

FERNANDO IRURZUN MONTORO

.....
Doctor en Derecho. Abogado del Estado. Experto Nacional Destacado en la Autoridad Bancaria Europea.

Revista Española de Derecho Europeo 63
Julio – Septiembre 2017
Págs.13 – 45

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA SITUACIÓN DE LA ALTA SILESIA TRAS LA PRIMERA GUERRA MUNDIAL. III. EL CONVENIO GERMANO-POLACO PARA LA ALTA SILESIA. IV. EL TRIBUNAL ARBITRAL DE LA ALTA SILESIA. V. LA REGULACIÓN DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EN LOS TRIBUNALES COMUNITARIOS. 1. *La cuestión prejudicial en el Tratado de la CECA*. 2. *La cuestión prejudicial en los Tratados constitutivos de la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica*. VI. LA COINCIDENTE FINALIDAD DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EUROPEA Y DEL REENVÍO ANTE EL TRIBUNAL ARBITRAL PARA LA ALTA SILESIA. VII. EL DISTINTO ENFOQUE DE UNA Y OTRA FÓRMULA PROCESAL EN RELACIÓN CON LA REPERCUSIÓN DE LA FALTA DE PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN LA ESFERA DE DERECHOS DEL JUSTICIABLE. 1. *La respuesta del Tribunal de Justicia ante la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial*. 2. *La falta de planteamiento de la cuestión prejudicial a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. 3. *La falta de planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal Constitucional*. VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

* Las opiniones expresadas en este artículo son estrictamente personales y en modo alguno vinculan a la Administración General del Estado ni a la referida Autoridad. Agradezco Al Profesor Ricardo Alonso García las sugerencias realizadas durante la elaboración del artículo.

RESUMEN: La cuestión prejudicial europea, origen de las principales contribuciones judiciales al ordenamiento jurídico de la Unión Europea, se ha considerado tradicionalmente como un instrumento original en el Derecho Internacional. Sin embargo, como se sostiene en el presente artículo, este procedimiento de la UE tenía un precedente en el procedimiento de remisión del Convenio Germano-Polaco para la Alta Silesia de 1922. El Convenio Germano-Polaco estableció las consecuencias legales de la división del territorio y las condiciones jurídicas que habrían de regirlos durante un período transitorio de 15 años. El Convenio creó un Tribunal Arbitral atribuyéndole, entre otras, la competencia para dictar sentencias a título prejudicial sobre la interpretación del Convenio cuando las autoridades administrativas o judiciales de los Estados Parte le remitieran el caso (evocation). Tras una breve descripción los antecedentes históricos el artículo analiza, desde una perspectiva procesal, el común objetivo de ambos procedimientos, y sus diferencias en relación con las consecuencias que para el procedimiento nacional se prevén en caso de falta de planteamiento de la cuestión para que se dicte una sentencia con carácter prejudicial.

PALABRAS CLAVE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea – Cuestión Prejudicial – Integración Europea – Tutela Judicial Efectiva

ABSTRACT: The EU preliminary reference procedure, the source of the main judicial contributions to the EU legal order, has been considered traditionally as a new instrument of International Law. However, as this paper argues, this EU procedure had a precedent on the evocation procedure of the German-Polish Convention concerning Upper Silesia (1922). The German-Polish Convention established the legal consequences of the division of the territory and the legal conditions that governed them during a transitional period of 15 years. The Convention set up an Arbitration Tribunal and provided this body, amongst others, with the competence to deliver a preliminary ruling on the interpretation of the Convention, when the judicial or administrative authorities of the Contracting Parties referred the case (evocation). After a brief description of the historical background, this paper analyses, from a procedural law perspective, the common aim of both procedures and their different approaches regarding the consequences at domestic level of the lack of referral the case for a preliminary ruling.

KEYWORDS: Court of Justice of the European Union – Preliminary Ruling Proceedings – European Integration – Right to a fair trial

Fecha de recepción: 16/06/2017

Fecha de aceptación: 12/07/2017

I. INTRODUCCIÓN

«Si en un asunto (...) la sentencia o la decisión depende de la interpretación de un artículo del presente Convenio, cada una de las partes en el procedimiento puede, antes de que concluya el debate en segunda instancia, solicitar que la cuestión de interpretación sea sometida al Tribunal arbitral (remisión)».

No es el artículo 177 del Tratado de Roma de 26 de marzo de 1957, por el que se constituye la Comunidad Económica Europea, del que se acaban de cumplir 60 años. Pero su lectura podría llevar a pensar en dicho precepto.

El texto tiene 95 años y corresponde al artículo 588 del Convenio germano-polaco relativo a la Alta Silesia firmado en Ginebra el 15 de mayo de 1922 (al que en adelante me referiré como «el Convenio» o «el Convenio sobre la Alta Silesia»).

La opinión más extendida es que la cuestión prejudicial comunitaria no contaba con precedentes en el derecho internacional y se inspiró en las jurisdicciones nacionales¹. Sin

1. López Pelaz, Jesús P., cita en este sentido a Tesauró en «La competencia prejudicial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: su importancia en la historia comunitaria y perspectivas

embargo, un análisis del artículo 588 del Convenio sobre la Alta Silesia permite sostener que el antecedente existía, que era bien próximo, aunque sea escasamente conocido y no existan pruebas de que fuera tenido en cuenta cuando se elaboraron los tratados constitutivos de la hoy Unión Europea.

Como ha señalado Nathaniel Berman, las transformaciones del derecho internacional del período de entreguerras se fundan en un marco de principios subyacentes del que sus redactores no fueron siempre plenamente conscientes y del que lo fueron menos aún sus sucesores tras la Segunda Guerra Mundial que continuaron trabajando con dicho marco de modo irreflexivo². No faltan tampoco quienes sostienen que el relato histórico del Derecho comunitario como un «nuevo orden jurídico» (*new legal order*) tiene un reverso que no debe ser desconocido³ en el que el Derecho internacional hasta entonces vigente tendría un papel algo mayor que el habitualmente atribuido.

La eventual relación entre la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la cuestión de interpretación ante el Tribunal Arbitral para la Alta Silesia sería, por otro lado, otra muestra más de que el esfuerzo de integración realizado por los europeos en la segunda mitad del siglo pasado no es –como muchos pretenden– un invento de tecnócratas y elites desconectadas del pueblo, sino que cada pequeña realización hunde sus raíces en la superación de las múltiples disputas y enfrentamientos que hacían casi imposible la convivencia pacífica entre los pueblos de Europa.

El Convenio en cuestión tuvo por finalidad arbitrar con carácter transitorio, por un período prestablecido de quince años, las relaciones en un territorio que tras la Primera Guerra Mundial fue objeto de una nueva partición entre dos Estados, pero respecto del que se quería realizar una transición que no perjudicara su potencia económica. No en balde se trataba de uno de los mayores enclaves europeos en producción de carbón y acero.

Visto desde una perspectiva actual, el Convenio sobre la Alta Silesia es un ejemplo de soluciones jurídicas imaginativas llamadas a hacer posible el paso de un espacio común a un espacio con nuevas fronteras, sin grave quebranto económico. Lo que a algún lector pudiera evocar el tránsito de salida del Reino Unido de la Unión Europea. No es este aspecto, sin embargo, lo que despierta mi atención en este momento. Mi objetivo es más modesto: indagar en un posible antecedente de la cuestión prejudicial europea. Un instrumento procesal fundamental, desde los Tratados de París y Roma, para entender el desarrollo del Derecho de la Unión Europea.

de futuro después de Niza», *Revista de Estudios Europeos*, n.º 32, septiembre-diciembre 2002, págs. 101-142.

2. Berman, Nathaniel, «But the Alternative Is Despair: European Nationalism and the Modernist Renewal of International Law», *Harvard Law Review*, Vol. 106, n.º 8, (Jun. 1993), págs. 1792-1903.
3. Spierman, Ole, «The Other Side of the Story: An. Unpopular Essay on the Making of the European Community Legal Order», *European Journal of International Law*, 1999, Vol. 10, n.º 4, págs. 763-789.

La cuestión prejudicial europea no es un instrumento procesal más, sino probablemente el mecanismo que con más potencia ha servido a la creación del Derecho de la Unión. No hará falta recordar que las sentencias *Van Gend en Loos* y *Costa Enel*, que constituyen en gran medida las referencias jurisprudenciales sobre las que se asentará el derecho de la Unión son respuesta a cuestiones prejudiciales⁴. Una herramienta que, como dijera Lecourt, uno de los primeros Presidentes del Tribunal, «litigio tas litigio hace del juez el instrumento de penetración de la regla común en la vida cotidiana de todos los estados miembros»⁵.

El «hallazgo» es ocasional. En las Memorias de Jean Monnet, cuando narra su experiencia en el Secretariado de la Sociedad de Naciones se refiere, como uno de los primeros éxitos de esta organización internacional, al problema de la Alta Silesia. Al hacer balance alude a la creación de un Tribunal Arbitral como una «institución ejemplar a la que habíamos dado poderes muy avanzados a su tiempo», lo que califica como un método cuya riqueza de desarrollos sólo sería percibida más tarde⁶. Ese «más tarde» hablando de Jean Monnet sólo podía estar refiriéndolo a la construcción europea.

La insinuación se hace exclusivamente sobre el Tribunal arbitral, sin citar ningún concreto mecanismo procesal. Sin embargo, cuando enumera aquello que lo hacía pionero a los ojos de Monnet, entrecomilla un pasaje del Convenio que pone sobre la pista de una suerte de pronunciamiento prejudicial: «*la sentencia del tribunal arbitral vincula a los tribunales y autoridades de los dos países respecto a su sentencia o decisión*». Nada volverá a decirse en las Memorias sobre este precedente, ni siquiera cuando narre la elaboración de los Tratados comunitarios, pero el anzuelo ya estaba lanzado.

No he visto reflejado este antecedente en la doctrina, y pido anticipadas disculpas si se debe a mi torpeza o a no abarcar todas las posibles fuentes. En todo caso, no me parece que la «originalidad» sea lo importante sino dar a conocer este precedente.

Intentaré evocarlo analizando el contexto histórico, el contenido general del Convenio, la creación de un Tribunal Arbitral, la específica regulación de la cuestión prejudicial en el Tribunal de Justicia primero de la CECA y después de las Comunidades Europeas, para concluir llamando la atención sobre dos aspectos concretos de las respectivas regulaciones en los que se identifican claramente lo común y lo dispar.

II. LA SITUACIÓN DE LA ALTA SILESIA TRAS LA PRIMERA GUERRA MUNDIAL

El territorio de la Alta Silesia de algo más de 10.000 kilómetros cuadrados había sido gobernado durante el siglo XIX por Prusia y el Imperio Austro-húngaro. Una

4. Sobre la cuestión prejudicial en general, Alonso García, Ricardo y Ugartemendia, Juan Antonio (directores), «La cuestión prejudicial europea», *European inklings* n.º 4 (EUi 4), 2014.

Sin necesidad de citar la abundante doctrina al respecto de la primera de las sentencias, me parecen de interés las contribuciones al Coloquio organizado por el Tribunal de Justicia con ocasión del cincuenta aniversario de la sentencia *Vand Gend en Loos*: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-12/qd30136442ac_002.pdf.

5. Lecourt, Robert, «L'Europe des juges», Bruxelles Bruylant, 1976, pág. 12.

6. Monnet, Jean, «Mémoires», Fayard, 1976, pág. 106.

región que, junto a un norte agrícola de población mayoritariamente alemana y un sur de grandes propiedades, albergaba entre medias un espacio altamente industrializado por la presencia de minas de carbón e instalaciones siderúrgicas de importancia para la economía alemana⁷, cuya capacidad parece que sólo era superada en la época por la cuenca del Rhur⁸.

El Tratado de Versalles no fue capaz de resolver su destino, por la divergente posición de las potencias vencedoras. Para el Reino Unido⁹ la adscripción del territorio industrial a Alemania era una garantía de la obtención de recursos con los que ésta podría hacer frente a las obligaciones de reparación establecidas el Tratado de Versalles. Mientras Francia, temerosa de la recuperación de la potencia alemana, era partidaria de poner dicho territorio en manos de Polonia que, por otro lado, había sido su aliado tradicional¹⁰.

Esta diferencia de objetivos y la falta de acuerdo entre las potencias vencedoras provocaron que en Versalles, a diferencia de lo que había ocurrido respecto de Alsacia Lorena y otros territorios concedidos a Polonia, se pospusiera la solución al resultado de un referéndum a celebrar en los territorios afectados. La demora en su celebración provocó la necesidad de interponer fuerzas militares internacionales para mantener el orden y enfrentamientos armados entre fuerzas paramilitares de uno y otro bando¹¹.

El referéndum se celebró finalmente en marzo de 1921, sirviendo para constatar la fractura entre la población de la zona que votó en un 60 % en favor de la permanencia en Alemania¹². Un resultado apoyado mayoritariamente en el voto pro-alemán de la población urbana.

Incapaces de encontrar una solución acordada, las potencias vencedoras encomendaron a la Sociedad de Naciones la búsqueda de la salida al problema en agosto de 1921. Este sería uno de los primeros, sino el primer, mandato de la recién creada Sociedad de Naciones, que lo asumió como una piedra de toque de su capacidad¹³. Los trabajos

7. Al menos así lo consideraba Keynes, J. Maynard, «Las consecuencias económicas de la paz», pág. 40 y sgts.

8. Sobre la situación de Alta Silesia tras la Primera Guerra Mundial, Campbell, F. Gregory, «The Struggle for Upper Silesia, 1919-1922», *The Journal of Modern History*, The University of Chicago Press, Vol. 42, n.º 3 (Sep., 1970), págs. 361-385.

9. Para fijar su posición el Foreign Office británico preparó, al igual que respecto de otros temas, un documentado estudio sobre la región que puede consultarse en internet: <https://www.wdl.org/es/item/9173/view/1/17/>

10. Harrington, Joseph F. Jr., «The League of Nations and the Upper Silesian Boundary Dispute, 1921-1922», *The Polish Review*, University of Illinois Press on behalf of the Polish Institute of Arts & Sciences of America Vol. 23, n.º 3 (1978), págs. 86-101.

Dessberg, Frédéric, «Enjeux et rivalités politiques franco-britanniques: le plébiscite de haute Silésie (1921)», *Revue historique des armées*, n.º 254 | 2009.

11. Campbell, obra citada.

12. Reckendrees, Alfred, «Business as Means of Foreign Policy or Politics as Means of Production? The German Government and the Creation of Friedrich Flick's Upper Silesian Industrial Empire (1921-1935)», *Enterprise and Society*, Vol. 14, n.º 1, 3.2013, págs. 99-143.

13. Monnet, obra citada, págs. 100 y sgts.

preparatorios fueron encomendados a cuatro miembros no permanentes del Consejo de la Sociedad de Naciones, sin intereses en la disputa. Entre ellos se hallaba España, que desarrolló la función a través del Delegado en la Sociedad de Naciones y Embajador en Francia: José Quiñones de León¹⁴. Bajo el mandato expreso del Consejo Supremo de la Sociedad de Naciones, dos eran los objetivos marcados en el Informe de los expertos: realizar una división del territorio que atendiera los deseos de la población expresados en el plebiscito y, en segundo término, «asegurar, mediante la creación de algún tipo de organización técnica, la unidad económica del área industrial por un periodo suficiente para permitir a cada una de las partes ser independiente de la otra, y asegurar que el establecimiento de una frontera política no crea dificultades que puedan paralizar o perjudicar severamente la vida de la industria»¹⁵.

Para cumplir el primer objetivo –aquí de menos interés– los comisionados intentaron ajustarse lo más posible al resultado del plebiscito desde la perspectiva de la población favorable a una u otra opción, atribuyendo a cada Estado una parte del territorio proporcional a los votos cosechados¹⁶. Ahora bien, ese modo de reparto producía, por imperativos estrictamente geográficos o físicos, que el territorio asignado a uno u otro Estado no coincidiera necesariamente con las preferencias mostradas por los habitantes de ese concreto espacio. Y de esta realidad surgen algunas de las disposiciones que más adelante veremos que serán incorporadas al Convenio.

Lo más relevante de la recomendación a los efectos que aquí interesa fue el mantenimiento del conjunto del territorio como una sola unidad económica en la que se garantizaran el libre tránsito de personas y mercancías, una moneda única y una red unificada de transportes, con independencia de las fronteras estatales. A tal fin, se propuso la firma de un convenio entre las dos potencias afectadas, llamado a regular durante un periodo limitado las relaciones económicas en el territorio, permitiendo ese tránsito gradual a las nuevas fronteras sin perjudicar la capacidad económica de la Alta Silesia.

En el contexto de esa solución aparece la institucionalización de las relaciones entre los nuevos Estados responsables del territorio con la creación de una Comisión y un

14. El Embajador español ante la Sociedad de Naciones, José Quiñones de León no era miembro del Cuerpo Diplomático, sin embargo, ocupó el puesto de Embajador de España en Francia y Delegado ante la Sociedad de Naciones desde el año 1918 hasta su dimisión con la proclamación de la Segunda República. El nombramiento trae causa de su ascendente con el Rey Alfonso XIII. Sobre su trayectoria en el ámbito de la Sociedad de Naciones, especialmente en lo que se refiere a la participación de España como miembro del Consejo de la Sociedad, puede verse el discurso de recepción de Fernando María Castiella y Maiz en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, bajo el título «Una batalla diplomática (1918-1926)», en la sesión de 25 de mayo de 1976.

15. Cienciala, Anna M. y Komarnicki, Titus, «From Versailles to Locarno. Keys to Polish Foreign Policy, 1919-25», University Press of Kansas, 1984, pág. 79. El texto del informe puede consultarse en Kaeckenbeeck, George, «The International Experiment of Upper Silesia», Oxford University Press, 1942.

16. Harrington, obra citada, pág. 89.

Tribunal Arbitral¹⁷. La creación de instancias o tribunales denominados arbitrales no es una originalidad de este Convenio, pues fue remedio común para las eventuales disputas bilaterales tras la Primera Guerra Mundial¹⁸. Sin embargo, lo peculiar de este caso es la atribución a esa instancia jurisdiccional de una competencia para pronunciarse con carácter prejudicial a través del reenvío en el marco de los procedimientos nacionales jurisdiccionales o incluso *precontenciosos*.

El proceso de negociación del Convenio, en el que de nuevo habrá participación española aunque más modesta en la persona de Salvador de Madariaga¹⁹, fue todo menos tranquilo con presiones no sólo de los Estados llamados a ser parte, sino también de las potencias vencedoras interesadas en preservar sus respectivos intereses. Tampoco fue fácil su ratificación parlamentaria, en especial en Alemania. Sin embargo, la firma en Ginebra el 15 de mayo de 1922 del Convenio germano-polaco relativo a la Alta Silesia fue una demostración del esfuerzo de la Sociedad de Naciones por restablecer la paz y el arreglo amistoso de las diferencias entre las potencias europeas. También una demostración de la calidad jurídica de los equipos empleados por las partes contratantes para su elaboración.

III. EL CONVENIO GERMANO-POLACO PARA LA ALTA SILESIA

El Convenio es una manifestación de minuciosidad jurídica (un régimen altamente sofisticado en palabras de Erpelding²⁰), con nada menos que 606 artículos y un Protocolo adicional, fruto del trabajo riguroso de los juristas de los dos Estados. Un trabajo que fue realizado en un tiempo record, apenas un año, teniendo en cuenta la magnitud de la regulación emprendida, preocupada por los detalles y no dejar nada abierto a futura interpretación. Llama la atención el contraste de la extensión del convenio si se la compara con el Tratado de la Comunidad del Carbón y del Acero o con los propios tratados constitutivos de la Comunidad Económica Europea y de EURATOM.

Con el ya señalado detalle el articulado se ocupa, en primer término, de una suerte de derecho transitorio o reglas destinadas a hacer posible la transición jurídica en el

17. Harrington, obra citada, pág. 91.

18. Rolin, Henri, «Le contrôle international des juridictions nationales», *Revue Belge de Droit International*, 1968-1.

19. En el proceso de negociación del Convenio participo Salvador de Madariaga como miembro del comité de prensa, en su condición de funcionario de la Sociedad de Naciones, según señala Kaeckenbeeck en «The International Experiment of Upper Silesia» (1942), pág. 13. Salvador de Madariaga volvería posteriormente a la Sociedad de Naciones como Embajador o Delegado de España al ser nombrado Embajador de España en Francia en 1932.

20. Erpelding, Michel, «Upper Silesian Mixed Commission», en Ruiz Fabri, Hélène (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford University Press (forthcoming). Available online as part of the MPI Luxembourg Working Paper Series:

http://www.mpi.lu/fileadmin/mpi/medien/research/MPEiPro/WPS5_2017_Erpelding_Upper_Silesian_Mixed_Commission.pdf.

territorio que pasa a ser del Estado polaco²¹. En la medida en que el reparto del territorio, aunque proporcional, no podía corresponder ni siquiera por aproximación a las preferencias expresadas en el referéndum por cada concreta parte de la Alta Silesia, se hacía necesario establecer determinadas reglas. En este marco ocupan un lugar destacado las previsiones sobre elección de nacionalidad y domicilio, con la novedad de contemplar el derecho de residencia de los nacionales del otro Estado frente al principio tradicional de transferencia de la población no nacional que era hasta entonces inherente a los procesos de nueva delimitación de las fronteras o creación de nuevos estados²².

También en esta primera parte del Convenio aparece el reconocimiento de la potestad expropiatoria del Estado polaco sobre los establecimientos industriales propiedad de ciudadanos o empresas alemanas situadas en el territorio transferido, en la medida en que sea indispensable para mantener la explotación. Y de modo análogo se contempla esa potestad respecto de propiedades agrícolas que sean propiedad de ciudadanos o empresas alemanas que no tengan derecho a conservar su domicilio en la Alta Silesia, de acuerdo con las disposiciones del Convenio. Esa potestad está sujeta, al control de la concurrencia de esa necesidad por la Comisión Mixta establecida en el Convenio, así como a la oportuna compensación a los propietarios. Una previsión reparadora o indemnizatoria en la que se ha identificado el germen de los tratados de protección de inversiones extranjeras²³.

Junto a estas disposiciones dirigidas a regular el encaje de una nueva delimitación de las fronteras, el Convenio se ocupa fundamentalmente de establecer el régimen jurídico llamado a permitir durante quince años el mantenimiento de las relaciones en un espacio que se quiere económicamente unido aunque se haya dividido entre dos Estados, con el fin de permitir su adaptación progresiva a la división fronteriza, en la perspectiva de su completa separación al final de ese período.

Otra de las más destacables contribuciones de este singular Convenio al derecho internacional es su régimen de protección de las minorías que se enmarca, junto a otros convenios concomitantes, en el origen de esta rama del derecho internacional público²⁴. En efecto, la Parte Tercera del Convenio tiene por objeto hacer extensiva a Alemania la aplicación de las reglas contenidas en el Tratado relativo al reconocimiento de la independencia de Polonia y la protección de las minorías, firmado en Versalles el 28 de junio de 1919. El Convenio no sólo ratifica la aplicación de dicho Tratado en relación con los ciudadanos de origen alemán residentes en Polonia, sino que Alemania asumirá las mismas obligaciones de protección de las minorías polacas en la parte del territorio de

21. Un resumen somero de sus disposiciones en Kaeckenbeeck, George, «Upper Silesia under the League of Nations», *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 243, *Essential Human Rights* (Enero 1946), págs. 129 y sgts.

22. Kaeckenbeeck, George, «Upper Silesia under the League of Nations», obra citada, pág. 131.

23. Nicholson S.J., Francis J., «The Protection of Foreign Property Under Customary International Law». *Boston College Law Review*. Volume 6 | Issue 3, 1965, págs. 394 y sgts.

24. Verhoeven, Joe, «Les principales étapes de la protection internationale des minorités», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n.º 30, abril 1997, págs. 177 y sgts.

la Alta Silesia que queda bajo su jurisdicción. A tal fin, el Convenio contiene una muy amplia regulación desde la perspectiva de la no discriminación y de los derechos civiles y políticos, pero además –lo que es más destacable– incorpora medidas positivas respecto de los derechos educativos, lingüísticos o religiosos. Unas disposiciones cuya litigiosa aplicación permitirán posteriormente al Tribunal Permanente de Justicia Internacional elaborar una incipiente doctrina al respecto²⁵.

Seguidamente el Convenio regula las relaciones económicas en el territorio de la Alta Silesia comenzando –y no parece accidental– por los derechos sindicales, a la negociación colectiva y de seguridad social. Todo un conjunto de previsiones que se orientan a garantizar a los trabajadores de la Silesia polaca la equivalencia de derechos con los reconocidos en Alemania y a organizar el reparto de las responsabilidades financieras en materia de protección y seguridad social derivadas de la división del territorio.

Ya en una perspectiva que nos puede parecer más próxima al Derecho de la Unión Europea, el Convenio contiene una regulación aduanera común que comienza por reconocer el paso en franquicia (sin devengar derechos aduaneros) de determinados productos entre los dos territorios. Al mismo tiempo se crea una suerte de «zona de libre tránsito», denominada «zona fronteriza especial», que se extiende 5 kilómetros a lo largo de cada lado de la frontera, en la que se reconoce la libre circulación de mercancías agrícolas, de trabajadores y de determinados servicios. Una regulación que incorpora también permisos especiales de circulación para las personas afectadas por la separación territorial.

Desde la perspectiva financiera llama la atención el reconocimiento del marco alemán como única moneda oficial en la Alta Silesia Polaca durante los 15 años de la transición. Se mantiene igualmente el *statu quo* de los bancos y entidades financieras existentes en cada zona que seguirán siendo reconocidos como tales sin sujetarse a nuevos requisitos de autorización.

El interés de ambos países, y el de los vencedores de la Gran Guerra, por conservar el potencial industrial de la zona se refleja nítidamente en la pormenorizada regulación de la producción y disposición conjunta de ciertas materias primas como el carbón y otros recursos esenciales como el agua y la electricidad. Alguno de los conflictos vinculados a esa producción y a los derechos transitorios sobre los establecimientos existentes acabará ante el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, como el asunto de la fábrica de Chorzów²⁶.

Atención especial merecieron a las potencias contratantes el transporte y las comunicaciones, con un detallado énfasis en los servicios postales, telefónico y telegráfico, pero muy particularmente en el ámbito del transporte ferroviario al mantenerse la unidad operativa de la red en el territorio atribuido a los dos Estados. Lo que llevará a regular un régimen de «tráfico en tránsito privilegiado».

25. http://www.icj-cij.org/pcij/serie_other/cpji-pcij.pdf

26. Publications de la Cour Permanente de Justice International, Série A, n.º 17, 13 Septembre 1928.

Es fácil preguntarse si no sirven alguna de estas cláusulas convencionales como fuente de inspiración para el futuro acuerdo de aplicación del artículo 50 TUE, pues la salida británica de la Unión se parece mucho a la división de un territorio antes unido y al propósito de evitar daños económicos a los territorios separados mediante un régimen transitorio de desconexión.

Estos son, muy sintéticamente, los rasgos generales de un interesante tratado. Cosa distinta es el grado de aplicación y efectividad. Se ha sostenido que en la práctica dejó de producir efectos en 1925 cuando el Gobierno alemán rechazó la renovación del acuerdo de importación de 500 mil toneladas de carbón sin derechos aduaneros²⁷, pero la existencia de litigios sobre su aplicación hasta finales de la década desmiente tan negativa valoración. Como se ha apuntado, la mayoría de sus disposiciones tenían vocación de ser aplicadas por 15 años y sólo dos años después de ese plazo se produjo la anexión del territorio por las tropas alemanas en lo que constituyó el comienzo de la Segunda Guerra Mundial.

Que el Convenio fue útil hasta el último momento lo prueba que acogíéndose a sus disposiciones el ciudadano alemán de origen judío Franz Bernheim logró que la Sociedad de Naciones²⁸ forzara al Gobierno de Hitler a suspender durante el tiempo en que el Convenio mantuvo su vigencia la aplicación de las leyes raciales antisemitas en el territorio de la Alta Silesia adjudicado a Alemania.

IV. EL TRIBUNAL ARBITRAL DE LA ALTA SILESIA

Como se ha anticipado, el Convenio se dota de algunas instituciones permanentes encargadas de su aplicación. Contempla, por un lado, una Comisión mixta, por otro se crea un Tribunal Arbitral. La Comisión tiene unas competencias de distinta naturaleza, al atribuírsele la resolución de disputas interestatales, medidas de implementación del Convenio, así como la resolución de las peticiones que en relación con los derechos de las minorías le sometieran los individuos, grupos o asociaciones. En suma un órgano de resolución de controversias pero al mismo tiempo con competencia para la ejecución del Convenio²⁹. Siendo curiosamente las cuestiones relacionadas con los derechos de las minorías las que fundamentalmente tendrá que resolver durante sus quince años de existencia³⁰.

Por su parte, las competencias del Tribunal Arbitral se dirigen exclusivamente a la resolución de litigios frente a los Estados a instancia de los particulares participando de los atributos propios de un órgano jurisdiccional³¹.

27. Harrington, obra citada, pág. 89.

28. Véase Karch, Brendan, «A Jewish “Nature Preserve”: League of Nations Minority Protections in Nazi Upper Silesia, 1933-1937», *Central European History*, Vol. 46, n.º 1 (Marzo 2013), págs. 137 y sgts.

29. Erpelding, Michel, obra citada, párrafos 19 y 20.

30. Michel Erpelding, obra citada, párrafo 38.

31. Kaeckenbeeck, «Upper Silesia under the League of Nations», obra citada, pág. 129.

Reconocimiento del derecho de los individuos, y no sólo de los Estados, a acudir a una jurisdicción internacional en tutela de los derechos de los que son titulares en virtud de un convenio internacional que constituye una importantísima aportación a la evolución del derecho internacional. Un paso que se enmarca en el contexto de la serie de órganos creados por diversos tratados suscritos tras la Primera Guerra Mundial³², pero que adquiere en este caso un matiz cualitativamente importante. Es, a juicio de Kaeckenbeeck³³, el rasgo más importante del Tribunal arbitral, sin el cual los derechos reconocidos en el Convenio hubieran sido ineficaces desde la perspectiva de las personas titulares de los mismos³⁴.

Centrándonos en el Tribunal Arbitral, se compone de tres miembros, uno por cada Estado parte y un Presidente neutral. Cargo para el que fue nombrado el ya citado George Kaeckenbeeck. Aunque conserva la denominación de Tribunal arbitral³⁵, presenta rasgos más propios de un órgano jurisdiccional permanente. Carácter que el propio Convenio trata de asegurar mediante el estatuto de independencia de sus miembros, o los criterios de selección y sus incompatibilidades: deberán ser elegidos entre personas que reúnan las condiciones para poder ser nombrado juez de un tribunal ordinario o administrativo en su país, solo pudiendo compatibilizar la función con el ejercicio de otras funciones judiciales o académicas (artículo 563).

El Tribunal llegará a conocer en sus quince años de historia de algo menos de cuatro mil asuntos, la mayoría de ellos en materia de nacionalidad³⁶ o derechos aduaneros. Aun siendo otros los asuntos más numerosos, su Presidente subrayó siempre la importancia del procedimiento de «remisión» o *évocation* por el que el artículo 588 del Convenio le atribuyó la competencia para pronunciarse con carácter prejudicial, aunque éste no fue utilizada hasta 1929. Dicha disposición establece en su primer párrafo que si en un asunto *«alto silesiano, la sentencia o la decisión dependen de la interpretación del presente Convenio, cada parte en el procedimiento puede, hasta el final de la segunda instancia, solicitar que la cuestión de interpretación sea sometida al Tribunal Arbitral»*. En virtud de este

32. Rolin, obra citada, pág. 165.

33. George Kaeckenbeeck (1892-1973), jurista belga, profesor de derecho internacional y miembro del servicio jurídico de la Sociedad de Naciones, antes de su elección como presidente del Tribunal Arbitral para la Alta Silesia. Con posterioridad prestó servicios para el Gobierno Belga, siendo asesor jurídico de su gabinete en el exilio en el Reino Unido. Tras la Segunda Guerra Mundial fue Secretario General de la Autoridad Internacional para el Rhur.

34. Kaeckenbeeck, «Upper Silesia under the League of Nations», obra citada, pág. 130.

35. Las competencias del Tribunal han sido clasificadas en seis categorías: 1) sobre las posibles indemnizaciones a pagar por cada uno de los Estados en caso de expropiación o limitación de derechos adquiridos, al amparo de las previsiones del Convenio (el germen de la protección de las inversiones extranjeras); 2) los litigios sobre nacionalidad y derecho de opción de los habitantes de la Alta Silesia; 3) los litigios sobre los permisos de circulación en la zona de tránsito; 4) determinados derechos de las entidades bancarias; 5) las disputas sobre abastecimientos de aguas; y 6) las cuestiones sobre interpretación del convenio sometidas por tribunales o autoridades polacas y alemanas. G. Kaeckenbeeck, «The Character and Work of the Arbitral Tribunal of Upper Silesia», obra citada, pág. 30.

36. Kaeckenbeeck, «The International Experiment of Upper Silesia», obra citada, pág. 130.

procedimiento de remisión (*évocation* en francés y *referral* en inglés) se suspende el proceso principal remitiendo la cuestión planteada a otro tribunal para que se pronuncie con carácter previo.

Al acotar esta competencia, lo primero que hace el convenio internacional es definir lo que ha de entenderse por asunto alto silesiano, entendiéndose por tal aquel planteado en primera instancia ante cualquier tribunal, incluidos los tribunales administrativos, con sede en el territorio del plebiscito, o planteado ante autoridades administrativas de dicho territorio que no estén sujetas a instrucciones de un superior jerárquico, así como los planteados ante cualesquiera tribunales o autoridades fuera de dicho territorio, siempre que tengan su origen en una parte del territorio plebiscitado y corresponda conocer en primera instancia a sus tribunales o autoridades.

Este reenvío preliminar se configura, además, como un derecho del justiciable que puede solicitar su planteamiento, siendo obligado para el tribunal o autoridad que conoce del asunto si su decisión no admite posterior instancia. El artículo 588 en su párrafo 2 dispone que no procederá el planteamiento si el tribunal o autoridad considera que su resolución no depende de la interpretación del Convenio; no resulta admisible conforme a las reglas del propio Convenio; la cuestión de interpretación ya hubiere sido resuelta por el Tribunal y publicada su sentencia; así como cuando aprecie que sólo tiene una finalidad dilatoria.

Resulta fácil advertir en esta regulación algunos rasgos propios de la cuestión prejudicial comunitaria: el carácter obligado del planteamiento de la cuestión si el tribunal conoce en última instancia; lo que luego se denominará teoría del «acto claro» como excepción a esa obligación; la forma en que el Reglamento del Tribunal configura los requisitos de la resolución de remisión; o la capacidad del Tribunal Arbitral para reformular las cuestiones³⁷.

Hay un aspecto en el precepto convencional que llama la atención y sobre el que más tarde volveré con mayor detenimiento. Al tiempo que el acceso al Tribunal arbitral con carácter prejudicial se califica como un derecho del justiciable, se regulan de forma explícita los efectos de la falta de remisión del asunto cuando era procedente, calificando dicha omisión como un «vicio esencial del procedimiento» principal (artículo 588.3).

Por lo que se refiere a los efectos de la sentencia dictada en sede de reenvío para la interpretación del convenio, aunque sólo se le atribuye efecto entre las partes y en relación con el asunto expresamente resuelto, lo cierto es que, como hemos visto, el artículo 588.2 del Convenio autoriza a no plantear la cuestión ante el Tribunal arbitral cuando la cuestión de interpretación ya haya sido resuelta por el tribunal y publicada la sentencia. Dotando así a la sentencia de un efecto interpretativo de alcance que supera al caso concreto.

En definitiva, se convierte al Tribunal Arbitral en intérprete último del Convenio, dotando a sus sentencias de eficacia interpretativa general, más allá de la fuerza vinculante para el caso concreto, lo que lleva a calificarlo como una «*law-creating /law-defining agency*»³⁸.

37. Kaeckenbeeck, «The International Experiment of Upper Silesia», obra citada, pág. 492.

38. Kaeckenbeeck, «The International Experiment of Upper Silesia», obra citada, pág. 592.

De esta peculiar herramienta procesal dirá, en plena Segunda Guerra Mundial, el que fuera Presidente del Tribunal que «por las posibilidades que ofrece en el ámbito internacional, merece que le presten atención los hombres de Estado y los diplomáticos»³⁹. Y, consciente o inconscientemente, parece que sus propósitos se hicieron realidad en la cuestión prejudicial europea.

V. LA REGULACIÓN DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EN LOS TRIBUNALES COMUNI- TARIOS

Hasta aquí una descripción somera del reenvío contemplado en el Convenio sobre la Alta Silesia. Por lo que se refiere a la cuestión prejudicial europea, bastará con recordar en este momento los aspectos fundamentales de la creación del Tribunal de Justicia en lo que atañe a su competencia para conocer con carácter prejudicial.

1. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EN EL TRATADO DE LA CECA.

El actual Tribunal de Justicia de la Unión Europea es, en primer término, heredero del Tribunal de la CECA (Comunidad Europea del Carbón y del Acero). Su creación en el Tratado de París de 18 de abril de 1951 fue el reflejo del consenso entre diversas preocupaciones. La creación del Tribunal se va imponiendo de una forma sucesiva a la evolución de la negociación de las cuestiones institucionales. Confluyen, por un lado, la idea alemana, influenciada por su jefe de delegación (Hallestein⁴⁰) de contar con un control judicial común como germen o elemento federalista y, de otro, el interés de los Estados pequeños del Benelux en contar con algún contrapeso a las decisiones de la Alta Autoridad, aunque inicialmente parecieran más inclinados a una instancia arbitral política⁴¹.

Ya en su intervención en la reunión de París del 3 de julio de 1950, el jefe de la delegación alemana reflexionaba sobre la propuesta francesa de creación de una Alta Autoridad y el necesario control de sus decisiones, señalando que al efecto, «pensamos que en un tribunal o tribunal arbitral al que podría atribuirse una función educativa sustancial: la función de guardián de la objetividad de la Alta Autoridad»⁴². Unas palabras que alcanzan todo su significado tras la evocación al inicio de la intervención de la

39. Kaeckenbeeck, «The International Experiment of Upper Silesia», obra citada, pág. 857.

40. Walter Hallestein, procedente del mundo universitario, se incorporó tras la Segunda Guerra Mundial al Gobierno alemán desempeñando inicialmente funciones asesoras y finalmente cargos políticos, siendo el primer Presidente de la Comisión Europea. Su biografía puede consultarse en: https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/walter_hallestein_es.pdf

41. Boerger-De Smedt, Anne, «La Cour de Justice dans les négociations du traité de Paris instituant la CECA», *Journal of European Integration History*, 2008, Vol. 14, n.º 2.

Sobre los juristas protagonistas de la negociación véase Wilson, Jérôme, «Jurisconsultes et conseillers d'État: aux origines de l'ordre juridique communautaire», *Journal of European Integration History*, 2008, Vol. 14, n.º 2, págs. 35 y sgts.

42. Fuente: KOSTHORST, Daniel; FELDKAMP, Michael F. Akten zur Auswärtigen Politik der Bundesrepublik

organización en proceso de creación como «un símbolo de la comunidad europea, un factor de integración para Europa».

Aunque desde el lado francés se piensa más en recurrir a instancias ya existentes como el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, la creación de un tribunal permanente y propio se acaba por imponer como consecuencia de la creación de una estructura institucional completa alejada de la posición inicial francesa inspirada en un entramado orgánico reducido únicamente a una Alta Autoridad⁴³.

La necesidad de contar con un tribunal surge, por tanto, desde muy temprano, y aparece consolidada tanto en una nota de 28 de julio de 1950⁴⁴ que habla del tribunal como un «tribunal arbitral único», como en un informe del estado de las negociaciones a fecha 10 de agosto de 1950⁴⁵.

Pese a ello, Francia seguía teniendo reservas. Monnet recela de un tribunal que pudiera ser utilizado como freno a unas instituciones que, desde su punto de vista, inicialmente deberían tomar fundamentalmente decisiones políticas. Prueba de esta desconfianza es que la delegación francesa, sabiéndose en minoría, barajó como alternativa transitoria la constitución de un sistema arbitral que garantizara que la Comunidad no se vería obstaculizada por decisiones judiciales⁴⁶.

Sin embargo, los rasgos fundamentales del Tribunal, aunque con un perfil marcadamente administrativo y no tanto como un tribunal supremo o constitucional, se recogen ya en el mencionado informe de las reuniones de negociación celebradas entre el 20 de junio y el 10 de agosto de 1950. Ahora bien, no hay por el momento rastro alguno de la cuestión prejudicial, pues más allá de la visión del tribunal como un contencioso

Deutschland, 1949/50. SCHWARZ, Hans-Peter; HAFTENDORN, Helga; HILDEBRAND, Klaus; LINK, Werner; MÖLLER, Horst; MORSEY, Rudolf (Hrsg.). September 1949 bis Dezember 1950. München: Oldenbourg, 1997. 559 S. ISBN 3-486-56308-4. p. 225-229.

© Traduction CVCE.EU by UNI.LU

Este documento está disponible en www.cvce.eu

43. Boerger-De Smedt, obra citada, págs. 29 y 30.

44. Note de Bernard Clappier sur le cadre institutionnel du plan Schuman (28 juillet 1950).

Fuente: Fondation Jean Monnet pour l'Europe, Lausanne. Fonds AMG. 5/3/10.

© Fondation Jean Monnet pour l'Europe.

Este documento está disponible en www.cvce.eu

45. Rapport sur les travaux poursuivis à Paris (20 juin au 10 août 1950) Légende: Le 10 août 1950, les délégations de la République fédérale d'Allemagne (RFA), de la France, de l'Italie, de la Belgique, des Pays-Bas et du Luxembourg arrêtent les décisions prises depuis l'ouverture, le 20 juin, des négociations sur la mise en oeuvre du plan Schuman.

Fuente: Parlamento europeo

© Parlamento europeo

Este documento está disponible en www.cvce.eu

46. Así lo ilustran las notas de la delegación francesa en las negociaciones tanto la fechada de forma genérica a finales del verano de 1950 como la de 27 de septiembre de 1950.

Fuente: Fondation Jean Monnet pour l'Europe, Lausanne. Fonds AMG. 4/8/1 y AMG. 6/5/15.

© Fondation Jean Monnet pour l'Europe

Estos documentos están disponibles en www.cvce.eu

administrativo contra los actos de la Alta Autoridad, sólo se apunta la idea de un posible papel consultivo a través de la emisión de dictámenes a petición de los estados miembros o de las instituciones comunes.

La inicial desconfianza francesa parece desvanecerse durante el otoño de 1950, por la capacidad de convencimiento del delegado alemán y la ayuda norteamericana a vencer las resistencias de Monnet⁴⁷. Por otro lado, durante esos meses al equipo negociador francés se ha sumado un miembro del Consejo de Estado francés: Maurice Lagrange⁴⁸. Cuando se reanudan las negociaciones en noviembre, la delegación francesa hace una propuesta de un contencioso-administrativo de mínimos que no satisface a las demás delegaciones ni desde la perspectiva funcional (el ámbito del recurso) ni desde la subjetiva (la legitimación de los individuos y empresas para acudir al tribunal), sin que tampoco colme la posición ideológica o de principio alemana con su idea de un tribunal federal que asegure una interpretación uniforme del naciente derecho europeo⁴⁹.

En suma, asegurar una interpretación uniforme del tratado seguía siendo una preocupación alemana respaldada por Bélgica, pero la respuesta tarda en tomar la forma de la cuestión prejudicial. No será hasta la reunión de febrero de 1951, cuando Lagrange propondrá un texto coincidente con el que acabará siendo artículo 41 del Tratado CECA, destinado a «evitar que las jurisdicciones nacionales se pronuncien sobre estas cuestiones poniendo en cuestión la Comunidad», y del que no todos se sintieron plenamente satisfechos⁵⁰.

No hay rastro, sin embargo, de la influencia que en estas negociaciones hubiera podido tener Kaeckenbeeck, ex presidente del Tribunal Arbitral para la Alta Silesia, en aquel momento Secretario General de la Autoridad Internacional del Ruhr. Pese a que en 1948 formó parte del círculo próximo del Ministro belga Spaak y participó en la primera reunión de representantes diplomáticos con vistas a la unión y consolidación de la Europa occidental celebrada en Bruselas el 4 de marzo de 1948, no consta su aportación a las negociaciones del Tratado de París. Apenas firmado el Tratado CECA y aún en fase de ratificación por los parlamentos nacionales, tiene ocasión de dar una conferencia en la que alude al Tribunal de Justicia pero nada dice de su competencia prejudicial, ni menos aún al precedente silesiano⁵¹.

47. Boerger-De Smedt, obra citada, pág. 17.

48. Tras su participación en la elaboración del Tratado de París, Maurice Lagrange fue el primer Abogado General del Tribunal de Justicia, cargo que desempeñó entre 1953 y 1964.

49. Boerger-De Smedt, obra citada, págs. 24-30, y Rasmussen, Morten, «The Origins of a Legal Revolution – The Early History of the European Court of Justice», *Journal of European Integration History*, 2008, Vol. 14, n.º 2, págs. 83 y sgts.

50. Boerger-De Smedt, obra citada, pág. 29.

51. El encargado belga de los aspectos jurídicos de la negociación del Tratado CECA Ferdinand Muûls y Kaeckenbeeck formaron, no obstante, parte del círculo próximo del Ministro belga Spaak. Ambos participaron en la primera reunión de representantes diplomáticos con vistas a la unión y consolidación de la Europa occidental celebrada en Bruselas el 4 de marzo de 1948,

Finalmente, el artículo 41 TCECA establecerá que «*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*».

El propio Lagrange se referirá al poco tiempo de la aprobación del Tratado CECA a la naturaleza de su Tribunal en una publicación española: el Libro en honor al profesor Colmeiro, calificándolo como «la jurisdicción administrativa de la Comunidad», aunque sea «en ciertos aspectos, un tribunal internacional»⁵².

La cuestión prejudicial tiene, por tanto, en su primera versión del Tratado CECA un objeto limitado, tanto desde un punto de vista objetivo –pues sólo alcanza a los «acuerdos de las instituciones»– como funcional, se trata únicamente de una cuestión de validez y no de interpretación de las normas a las que se refiere la cuestión. Es, por tanto, una herramienta de alcance reducido que, además, no será utilizada durante los años en que el Tribunal es sólo el Tribunal de la CECA.

Que esa fue la intención de los estados parte, al menos alguno de ellos, parece confirmarlo el procedimiento de ratificación del Tratado por Holanda. La Memoria enviada por el Gobierno a su Parlamento incide en la necesidad de preservar la competencia exclusiva de un órgano supranacional para pronunciarse sobre la validez de los actos de las nuevas instituciones⁵³.

Muchos años más tarde el Tribunal de Justicia dirá que esa visión restrictiva es incorrecta, como seguidamente veremos, pero parece que la voluntad de los redactores del Tratado de París no era la de incluir las cuestiones de interpretación, tal como se deduce

uno como Jurisconsulto del Ministro y el segundo como Jefe del Servicio de Conferencias de Paz y Organismos Internacionales del Ministerio de Asuntos Exteriores.

Al poco tiempo Kaeckenbeek será nombrado Secretario General de la Autoridad Internacional para el Ruhr, cargo que ocupará hasta la desaparición de esta organización como consecuencia de la creación de la CECA.

Por otro lado, la autoridad jurídica de Kaeckenbeek en el Ministerio de Asuntos Exteriores de la postguerra era tan importante que a su departamento se le llamaba Departamento K. (Delcorps, Vincent, «The Belgian Ministry of Foreign Affairs and the challenge of Multilateralism (1944-60)», *Journal of Belgian History*. https://www.journalbelgianhistory.be/fr/system/files/article_pdf/004_Delcorps_Vincent_2014_4.pdf).

Apenas firmado el Tratado CECA y aún en fase de ratificación por los parlamentos nacionales, tiene ocasión de dar una conferencia bajo el título «The International Authority for the Ruhr and the Schuman Plan» y cuando aborda el Tribunal de Justicia, no alude a la competencia prejudicial, ni menos aún al precedente silesiano. Pero no ha de olvidarse que la cuestión prejudicial CECA no era aún la cuestión de validez e interpretación del futuro Tratado de Roma que es la que se aproxima realmente a la del Convenio de la Alta Silesia. La conferencia puede consultarse en *Transactions of the Grotius Society*, Vol. 37, «Problems of Public and Private International Law, Transactions for the Year 1951» (1951), págs. 4-22.

52. Lagrange, Maurice, «Le caractère supranational des pouvoirs et leur articulation dans le cadre du plan Schuman» en *Estudios jurídico-administrativos en honor de Colmeiro*, Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago, 1951, págs. 88-89.

53. Valentine, Donald Graham, «The Court of Justice of the European Coal and Steel Community», Edit. Martinus Nijhoff, 1955, pág. 32.

de las palabras del propio Lagrange: «el Tratado de París no prevé la acción prejudicial de interpretación, sino solamente la de validez»⁵⁴.

Efectivamente, la interpretación estricta sobre el ámbito de las cuestiones prejudiciales CECA fue rechazada por el Tribunal de Justicia, aunque ya en 1990. Lo hará en la sentencia de 22 de febrero de 1990 (TJCE 1990, 105) (C-221/88, CECA/Bussemi), en la que el Tribunal, aunque reconoce la distinta redacción del artículo 41 respecto de los artículos 177 del TCEE y 150 TCEEA, señala que los tres preceptos «*que se sucedieron en el tiempo, al haberse celebrado el Tratado CECA en 1951 y los Tratados CEE y CEEA en 1957, expresan unos y otros una doble necesidad, la de garantizar del mejor modo posible la uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario y la de establecer, para tal fin, una cooperación eficaz entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales*» (párrafo 13).

A juicio del Tribunal «*la apreciación de la validez de un acto supone necesariamente su interpretación previa*», y traslada a las cuestiones prejudiciales CECA su jurisprudencia sobre el más genérico artículo 117 TCEE para afirmar que al interpretar dicho precepto en su sentencia de 22 de octubre de 1987 (TJCE 1988, 30) (C-314/85, Foto-Frost), recogió esencialmente lo dispuesto expresamente en el artículo 41 del Tratado CECA (párrafo 14). El Tribunal trata de dar una explicación a la distinta redacción en que dada «*la naturaleza de las facultades atribuidas a las autoridades comunitarias y concretamente a la Comisión en virtud del Tratado CECA, los órganos jurisdiccionales nacionales tienen rara vez la ocasión de aplicar este Tratado, así como los actos según el mismo y, por lo tanto, de preguntarse sobre su interpretación*», pero la finalidad del mecanismo sería en todos los casos la misma: «*garantizar una aplicación uniforme del Derecho comunitario se impone con la misma fuerza y la misma evidencia*» (párrafo 15). Algo que sería incompatible con interpretar que «*cuando las normas controvertidas se refirieran al Tratado CECA, dicha competencia [de interpretación del Derecho CECA] siguiera siendo patrimonio de los múltiples órganos jurisdiccionales nacionales, cuyas interpretaciones podrían ser dispares, sin que el Tribunal de Justicia estuviera facultado para garantizar su interpretación uniforme*» (párrafo 16).

Boerger-De Smedt señala que las lagunas existentes en los archivos documentales impiden desgraciadamente aclarar con más precisión tanto las intenciones y motivos que subyacen a la propuesta de Lagrange como las reacciones de sus colegas respecto del artículo 41⁵⁵, pero ya hemos visto que el propio autor de la propuesta y al menos uno de los Estado parte tenían una interpretación estricta del alcance de las cuestiones prejudiciales contempladas en el Tratado CECA, circunscrita a las de validez.

Sea como fuere, lo cierto es que desde la celebración del Tratado de París la incipiente Comunidad se dota de un órgano jurisdiccional que, al menos para alguno de sus

54. Lagrange, Maurice, «La Cour de justice des Communautés européennes du Plan Schuman à l'Union européenne».

Fuente: Mélanges Fernand Dehousse. 1979, n.º Volume 2, la construction européenne. Paris/Bruxelles: Fernand, Nathan/Editions Labor.

© Editions Labor.

Este documento está disponible en www.cvce.eu

55. Boerger-De Smedt, obra citada, pág. 30.

promotores, no es un mero tribunal administrativo, sino que tiene una más alta vocación, incluso para quienes inicialmente fueron poco partidarios del mismo como Monnet⁵⁶. Y, también desde este primer momento fundacional, se le atribuye a la jurisdicción comunitaria una competencia para pronunciarse con carácter prejudicial sobre el Derecho comunitario en el marco de los procedimientos ante las jurisdicciones nacionales.

Dando un paso más, la cuestión prejudicial adquirirá su actual perfil con ocasión de los Tratados de la CEE y de la CEEA, firmados en Roma el 26 de marzo de 1957. Por lo que interesa detenernos en los pormenores de la negociación que llevaron a alterar el contenido del artículo 41 del Tratado de la CECA.

2. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EN LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA Y LA COMUNIDAD EUROPEA DE LA ENERGÍA ATÓMICA.

Como hemos visto, el vigente alcance de las cuestiones prejudiciales quedó plasmado en el artículo 177 del TCEE y 150 TCEEA, incorporando al ámbito de la cuestión la interpretación de los Tratados y de los actos adoptados por las instituciones. El primero de dichos preceptos se recoge hoy en el artículo 267 TFUE, con una redacción que en los sucesivos Tratados –numeraciones al margen– ha variado únicamente en la forma en que alude a los sujetos cuyos actos son objeto de control y para incorporar un procedimiento de urgencia en las cuestiones que afecten a una persona privada de libertad.

El paso del artículo 41 TCECA, con una cuestión prejudicial limitada, al artículo 177 TCEE que expresamente incorpora la cuestión de interpretación se ha venido entendiendo como casi una evolución natural, cuya propuesta se viene atribuyendo⁵⁷ al miembro italiano del «Grupo jurídico» nombrado tras la Conferencia de Messina para llevar a cabo la redacción de los tratados: Nicola Catalano⁵⁸, quien formaría más tarde parte del Tribunal. Otro de los miembros de dicho Grupo, el luxemburgués Pescatore⁵⁹, en lo que califica como «el origen de un desarrollo judicial propiamente prodigioso» sitúa el punto de partida en el artículo 41 del Tratado de la CECA. Sería, según esta tesis, el representante

56. Boerger-De Smedt atribuye al representante alemán en las negociaciones, Walter Hallstein, la propuesta de dotarle de un papel similar al de los tribunales constitucionales o del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, como instrumento de federalización, con fundamento en su paso por Universidades de Estados Unidos. Por su parte, Monnet, quien había manifestado reiteradamente su rechazo a un «gobierno de los jueces» que obstaculizara a la Alta Autoridad, saludó al Tribunal en el discurso dado en la sesión de su constitución «la perspective d'une Cour fédérale européenne suprême», obra citada, pág. 31.

57. Tamm, Ditlev, «The History of the Court of Justice of the European Union Since its Origin» en *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law –La Cour de Justice et la Construction de l'Europe: Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence*, T.M.C. Asser Press, 2013, pág. 19.

58. Nicola Catalano fue asesor jurídico de la Alta Autoridad de la CECA, miembro de la *Avvocatura dello Stato*, y Juez del Tribunal de Justicia entre los años 1958 y 1961.

59. Como asesor jurídico del Gobierno Luxemburgués participó en las negociaciones del Tratado de Roma. Fue Juez del Tribunal de Justicia de 1967 a 1985. Wilson, obra citada, pág. 53.

italiano el que convenció a los colegas alemanes⁶⁰ y venció las reticencias de los colegas franceses, haciendo posible el instrumento fundamental de creación judicial del Derecho europeo. En palabras de Lord Mackenzie-Stuart: «Catalano hizo la sugerencia de que... las cuestiones prejudiciales deberían ampliarse a cuestiones de interpretación. ¿Podía prever en ese momento la evolución judicial excepcional que sería posible sobre esa base? En todo caso, sólo podemos reconocer que, sin ese procedimiento, las sentencias más grandes de nuestro tribunal nunca habrían visto la luz del día»⁶¹.

La propuesta de Catalano habría dado lugar a un debate más intenso sobre otros aspectos distintos, como es la determinación de los órganos nacionales facultados para plantear las cuestiones al Tribunal. Sería una mera cuestión práctica –el riesgo de colapso del Tribunal– la que parece decantó la solución intermedia que, desde el Tratado de Roma, sigue estando vigente: cualquier juez nacional puede plantear la cuestión pero sólo es obligado plantearla para el Tribunal que conoce en última instancia del asunto principal⁶².

VI. LA COINCIDENTE FINALIDAD DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EUROPEA Y DEL REENVÍO ANTE EL TRIBUNAL ARBITRAL PARA LA ALTA SILESIA

Escribía Kaeckenbeeck que el procedimiento previsto en el artículo 588 del Convenio de la Alta Silesia tenía por objeto evitar que las cláusulas del Convenio fueran interpretadas de forma incorrecta por los tribunales nacionales. A su juicio el mayor desiderátum del derecho internacional al comienzo del siglo XX era asegurar que los convenios, una vez celebrados, se aplicaran y fuera interpretados de modo uniforme y razonable⁶³. Pero, a su juicio, éste sería sobre todo un interés propio de los particulares, personas individuales y empresas, titulares de derechos reconocidos en el Convenio⁶⁴.

60. Rasmussen, obra citada, pág. 89. Respecto del representante francés parece que más que convencimiento lo que hubo fue falta de conciencia de los efectos de la propuesta. El testimonio de Pescatore se encuentra en:

Hémecht. *Revue d'histoire luxembourgeoise*. 1982, n.º 2; 34. Jg. Luxembourg: Hémecht-Imprimerie Saint-Paul S.A. «Les travaux du “groupe juridique” dans la négociation des traités de Rome», auteur: Pescatore, Pierre, págs. 145-161.

© Hémecht – Imprimerie Saint-Pau

Este documento está disponible en www.cvce.eu

61. Tamm, obra citada, pág. 19. El autor cita al respecto el discurso de Lord Mackenzie-Stuart en conmemoración del nombramiento de Nicola Catalano, evocando como fuente de inspiración la experiencia de la Corte Constitucional italiana.

62. Fuente: Hémecht. *Revue d'histoire luxembourgeoise*. 1982, n.º 2; 34. Jg. Luxembourg: Hémecht-Imprimerie Saint-Paul S.A. «Les travaux du “groupe juridique” dans la négociation des traités de Rome», auteur: Pescatore, Pierre, p. 145-161.

Copyright: (c) Hémecht – Imprimerie Saint-Pau

Este documento está disponible en www.cvce.eu

63. Kaeckenbeeck, «The International Experiment of Upper Silesia», obra citada, pág. 520.

64. Kaeckenbeeck, «Upper Silesia under the League of Nations», obra citada, pág. 130.

Esa preocupación por la interpretación uniforme del convenio internacional y la elusión del riesgo de divergentes interpretaciones por los órganos jurisdiccionales nacionales, es también una preocupación sentida en 1950 cuando se elabora el Tratado de París. Bien es cierto que, frente a la vertiente eminentemente subjetiva apuntada por Kaeckenbeeck, en este momento parecería primar el interés por evitar la eventualidad de unas jurisdicciones nacionales que puedan servir de freno al proceso de integración europea⁶⁵.

Lagrange expondrá la finalidad de la cuestión prejudicial al mundo académico norteamericano en 1967 de una forma elocuente: «Podría resultar, sin embargo, una situación complicada si los tribunales de los diferentes Estados miembros ante los que se litiga sobre estas materias alcanzaran conclusiones divergentes u opuestas sobre la interpretación de las disposiciones de los tratados o los reglamentos de la Comunidad... Sería particularmente inaceptable que un reglamento del Consejo o de la Comisión fuera considerado ilegal en un Estado y válido en otro»⁶⁶.

Esta reserva de la competencia tenía, por tanto, en el Tratado de París una inspiración no tanto vinculada a los derechos del justiciable, en el modo expuesto por Kaeckenbeeck respecto del Convenio de la Alta Silesia, como en el interés de los Estados miembros en garantizar el buen funcionamiento del nuevo orden jurídico. Una idea compartida, como hemos visto, por las delegaciones belga y alemana que, en el caso de esta última y en concreto en la persona de su jefe de delegación negociadora (Hallestein) será también reflejo de una idea política: el Tribunal de Justicia como elemento de federalización europea, a imagen del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica.

Una función que será aún más evidente cuando se elabore el Tratado de Roma, y se incorporen el artículo 177 TCEE y 150 TCEEA, ampliando de forma considerable el ámbito y alcance de la cuestión prejudicial. Como recuerda Alonso García, con cita de Robert Lecourt, «la “piedra angular” de la Comunidad no es, sin más, una “misma norma común”, sino una norma “interpretada y aplicada de la misma manera en toda la extensión de un mismo territorio por los Tribunales de todos los Estados miembros”»⁶⁷.

El Tribunal de Justicia en su sentencia de 13 de mayo de 1981 (C-66/80, asunto *SpA International Chemical Corporation*, párrafo 11) aludirá a esta finalidad de la cuestión prejudicial, al señalar que el «objeto esencial de las competencias atribuidas al Tribunal de Justicia por el artículo 177 es garantizar la aplicación uniforme del Derecho comunitario por los órganos jurisdiccionales nacionales». Posteriormente, en la sentencia *Foto-Frost* (TJCE 1988, 30) (C-314/85, párrafo 15), recordará que «las divergencias entre los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros en cuanto a la validez de los actos comunitarios

65. Cohen, Antonin, «Maurice Lagrange, “Arquitecto de esta revolución silenciosa”». *Constitutionalism without Constitution: Transnational Elites between Political Mobilization and Legal Expertise in the Making of a Constitution for Europe (1940s-1960s)*, Law & Social Inquiry, Vol. 32, n.º 1 (2007), págs. 109-135.

66. Lagrange, Maurice, «The Court of Justice as a Factor in European Integration», *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 15, n.º 4, (1966-1967), pág. 717.

67. Alonso García, Ricardo, «La cuestión prejudicial, piedra angular de la integración europea», en «La cuestión prejudicial europea», obra citada, pág. 9.

pueden llegar a comprometer la misma unidad del ordenamiento jurídico comunitario y perjudicar la exigencia fundamental de la seguridad jurídica», lo que le llevará negar la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales para declarar por sí mismos la invalidez de los actos de las instituciones comunitarias.

Estos rasgos dotan a la cuestión prejudicial europea de un carácter objetivo, que parece desvincularla de los derechos de las partes en el procedimiento judicial principal del que trae causa. Sin embargo, no cabe extraer conclusiones erróneas de la calificación de la cuestión prejudicial por la jurisprudencia como un mecanismo de cooperación directa entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, ajeno a toda iniciativa de las partes (sentencia de 12 de febrero de 2008 (TJCE 2008, 42), C-2/06, asunto *Kempter*, párrafo 41). Conviene no dar un sentido erróneo a esta afirmación dirigida a reforzar las obligaciones de planteamiento de la cuestión, incluso aunque no haya sido solicitada por las partes en el litigio principal, pero que no se formula con el propósito de delimitar el alcance de los derechos de las partes. La afirmación del carácter objetivo de la cuestión prejudicial significa la existencia de una obligación que se impone al órgano judicial que conoce en segunda instancia, con independencia de la petición formal de su planteamiento por las partes, tal como reitera la sentencia *Ferreira da Silva* (sentencia de 9 de septiembre de 2015 (TJCE 2015, 368), C-160/14).

No menos, pero tampoco más que eso. En efecto, la existencia de una dimensión subjetiva en la cuestión prejudicial europea ha sido puesta de manifiesto tanto por la doctrina⁶⁸, como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Una perspectiva que aparece nítidamente en la sentencia de 30 de septiembre de 2003 (TJCE 2003, 292) (asunto *Klober*, C-224/01), pese a que, como luego veremos, se afirme el carácter objetivo de la cuestión prejudicial. El Tribunal llega a esta conclusión de un modo indirecto pero no menos relevante, pues lo hace al hilo de la determinación del derecho a obtener una indemnización derivada de la responsabilidad patrimonial por infracción del derecho comunitario. En la sentencia se ponen explícitamente en relación los derechos reconocidos a los particulares por el ordenamiento europeo y la cuestión prejudicial como instrumento de garantía de su cumplimiento:

«33. Habida cuenta de la función esencial que desempeña el poder judicial en la protección de los derechos que los particulares deducen de las normas comunitarias, se mermaría la plena eficacia de dichas normas y se reduciría la protección de los derechos que reconocen si los particulares no pudieran obtener una indemnización, en determinadas condiciones, cuando sus derechos resulten lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a una resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que resuelva en última instancia. (...)

35 Además, precisamente con el fin de evitar que se vulneren los derechos conferidos a los particulares por el Derecho comunitario, el artículo 234 CE, párrafo tercero, establece que los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, están obligados a someter la cuestión al Tribunal de Justicia».

68. Silveira, Alessandra y Perez Fernandes, Sophie, «Preliminary References, Effective Judicial Protection and State Liability. What if the Ferreira da Silva Judgment Had not Been Delivered?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 54, 2016, págs. 631-666.

Así pues las dimensiones objetivas y subjetiva no son sino distintas perspectivas de una misma finalidad: la garantía de la aplicación efectiva y uniforme del derecho supranacional. Si este es lo que une a ambos instrumentos procesales, es también interesante destacar la distinta consecuencia jurídica que el Convenio de la Alta Silesia y los Tratados europeos atribuyen al desconocimiento de sus previsiones desde el punto de vista del justiciable. Un aspecto que se analiza seguidamente.

VII. EL DISTINTO ENFOQUE DE UNA Y OTRA FÓRMULA PROCESAL EN RELACIÓN CON LA REPERCUSIÓN DE LA FALTA DE PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN LA ESFERA DE DERECHOS DEL JUSTICIABLE

Frente a la común finalidad de ambos procedimientos, llama la atención el dispar enfoque dado en una y otra norma internacional a la garantía otorgada a los particulares para asegurar la efectividad de su derecho al planteamiento de la cuestión.

Como se anticipaba al describir el Tribunal Arbitral para la Alta Silesia, el reenvío se configura en el Convenio como un derecho del justiciable, frente al que no caben más excepciones que las tasadas en el propio texto internacional. El párrafo 2 del artículo 588 configura como obligatorio el reenvío o remisión al Tribunal Arbitral salvo que el tribunal o autoridad estimen que su sentencia o decisión no dependen de la interpretación del Convenio, no resulte admisible conforme a sus disposiciones, la cuestión haya sido ya resuelta por el Tribunal Arbitral en una sentencia publicada, o la solicitud tenga manifiestamente motivos dilatorios.

Dando un paso más, y con una preocupación garantista digna de las normas que contienen la sanción a su incumplimiento –inusual en este tipo de disposiciones internacionales– el párrafo 3 del mismo artículo prevé que la aplicación errónea de dicho precepto constituye un vicio esencial del procedimiento principal. Una reacción que constituye una intromisión del derecho internacional en las normas procesales nacionales –de la que no es fácil encontrar precedentes– al anudar directamente el tratado internacional consecuencias de derecho interno en el ámbito de las garantías procesales.

Curiosamente, treinta años después el Derecho comunitario no se atreverá a tanto. Ni el Tratado de París, ni el Tratado de Roma, contienen norma alguna que regule las consecuencias de la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial cuando sea procedente, dejando por completo en manos de los ordenamientos nacionales los efectos que la omisión del planteamiento de la cuestión pueda tener en el procedimiento principal nacional.

Precisamente porque la cuestión prejudicial comunitaria se contempla como una fórmula de diálogo entre el juez nacional y el Tribunal de Justicia, podría parecer indiferente al ordenamiento de la Unión el efecto que la falta de remisión pueda tener respecto de las partes en el proceso principal. El enfoque objetivo al que se ha hecho referencia en el apartado anterior se sigue tanto en los Tratados constitutivos como en la jurisprudencia del Tribunal, habiendo quedado para otros ámbitos, como son las jurisdicciones nacionales o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la reacción a la vulneración de los Tratados desde la perspectiva de los derechos subjetivos de las partes.

Ello no significa, sin embargo, que el Tribunal de Justicia haya permanecido indiferente al eventual incumplimiento del artículo 177 TCE (vigente artículo 267 TFUE), sino sólo que son limitadas las consecuencias anudadas al mismo. Un silencio por el que han penetrado, como se expondrá de forma sumaria, tanto el TEDH como las jurisdicciones nacionales, en nuestro caso el Tribunal Constitucional.

1. LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA ANTE LA FALTA DE PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades ha ido conformando el alcance de la obligación contenida en el antiguo artículo 177 TCEE, pero sin pronunciarse, sin embargo, sobre las consecuencias de su incumplimiento desde la perspectiva del procedimiento principal, regido por el ordenamiento nacional.

Así en la sentencia *Da Costa* de 27 de marzo de 1963 (C-28/62) el Tribunal apuntará la excepción de «*asunto ya resuelto*» para eximir de la obligación de plantear la cuestión cuando la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión prejudicial en un asunto análogo.

Más tarde, en la sentencia *Cifit* (C-283/81) añadirá que el «*mismo efecto en lo que atañe a los límites de la obligación formulada por el párrafo tercero del artículo 177, puede derivar de la jurisprudencia ya asentada del Tribunal de Justicia que hubiera resuelto la cuestión de derecho de que se trata, cualquiera que sea la naturaleza de los procedimientos que dieron lugar a dicha jurisprudencia, incluso en defecto de una estricta identidad de las cuestiones debatidas*» y completará este principio con la doctrina del «*acto claro*»:

«16. Finalmente, la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada. Antes de concluir que se da tal situación, el órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia. Tan solo si estas condiciones se reúnen puede abstenerse el órgano jurisdiccional nacional de someter la cuestión al Tribunal de Justicia y resolver bajo su propia responsabilidad.

17. No obstante, la existencia de tal posibilidad debe ser apreciada en función de las características del Derecho comunitario y de las dificultades particulares que presenta su interpretación».

Definido de este modo el alcance de la obligación impuesta por el Tratado a los órganos jurisdiccionales nacionales, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha abordado también la eventual infracción de los Tratados cuando los Estados adoptan normas o prácticas que puedan limitar la potestad de los tribunales internos de someter una cuestión prejudicial al Tribunal. Doctrina que es especialmente relevante en relación con el control de constitucionalidad que pueda corresponder a determinadas instancias supremas o constitucionales en los Estados miembros. El principio de primacía del Derecho de la Unión requiere que el juez nacional tenga la facultad de plantear al Tribunal de

Justicia toda cuestión prejudicial que considere necesaria en cualquier fase del procedimiento que estime apropiada, e incluso una vez finalizado un procedimiento incidental de control de constitucionalidad⁶⁹.

Por otro lado, al analizar la respuesta al incumplimiento del artículo 267 TFUE desde el punto de vista del Derecho de la Unión, no debe perderse de vista que, por la propia estructura del mandato normativo, su destinatario son los órganos judiciales, de suerte que su eventual incumplimiento sólo puede ser causado por un órgano judicial.

Ahora bien, ello no es un obstáculo a la hipotética consideración de la existencia de un incumplimiento por un Estado miembro, pues el Tribunal ha aceptado, como principio general, la existencia de infracciones del derecho de la Unión directamente imputables a los órganos judiciales. Así lo reitera la sentencia de 9 de diciembre de 2003, dictada en el asunto C-129/00, al señalar que *«cabe declarar la existencia de un incumplimiento de un Estado miembro con arreglo al artículo 226 CE cualquiera que sea el órgano de dicho Estado cuya acción u omisión ha originado el incumplimiento, incluso cuando se trata de una institución constitucionalmente independiente (sentencia de 5 de mayo de 1970, Comisión/Bélgica, 77/69, Rec. p. 237, apartado 15)»*. Con el importante matiz contenido en el párrafo 32 de la sentencia, que será reiterado posteriormente en la de 12 de noviembre de 2009 (C-154/08, párrafo 126), de que *«si bien no cabe tomar en consideración decisiones judiciales aisladas o muy minoritarias en un contexto jurisprudencial marcado por una orientación diferente, o una interpretación desautorizada por el órgano jurisdiccional nacional supremo, la situación es distinta cuando se trata de una interpretación jurisprudencial significativa no desautorizada por dicho órgano jurisdiccional supremo o incluso confirmada por éste»*.

Ahora bien, el TJUE no se ha quedado sólo en los aspectos periféricos que presenta el incumplimiento de este precepto de los Tratados. Aceptado que un incumplimiento de los Tratados por el Estado miembro puede ser directamente imputable a los órganos judiciales, el Tribunal ha concluido también que la falta de planteamiento de una cuestión prejudicial, cuando debió haberse planteado, es contraria al Derecho de la Unión.

Sin embargo, el Tribunal no ha llegado a afirmar que esa contradicción de los Tratados constituya por sí sola una violación del derecho comunitario generadora de

69. Sobre esta relación desde la perspectiva del derecho UE, la sentencia de 11 de septiembre de 2014 (TJCE 2014, 331) (asunto C-112/13, planteada por un órgano judicial austriaco) reitera jurisprudencia anterior, recordando que *«la eficacia del Derecho de la Unión se vería amenazada si la existencia de un recurso obligatorio ante el juez constitucional pudiese impedir que el juez nacional, al conocer de un litigio regulado por el Derecho de la Unión, ejerza la facultad, que le atribuye el artículo 267 TFUE, de plantear al Tribunal de Justicia cuestiones sobre la interpretación o sobre la validez del Derecho de la Unión, a fin de poder determinar si una norma nacional resulta o no compatible con dicho Derecho (sentencia Melki y Abdeli, EU:C:2010:363, apartado 45 y jurisprudencia citada)»*. Véase Díez-Hochleitner, Javier, «El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?», *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, n.º 17, 2013. Desde la perspectiva del Derecho español, véase Cruz Villalón, Pedro y Requejo Pagés, Juan Luis, «La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 50, Enero/Abril 2015, págs. 173-194.

responsabilidad patrimonial. Al respecto conviene leer conjuntamente los párrafos 117 a 119 de la sentencia de 30 de septiembre de 2003 (TJCE 2003, 292) (C-224/01, asunto *Klober*):

«117. En consecuencia, dado que, por un lado, el *Verwaltungsgerichtshof* modificó su interpretación del Derecho nacional y calificó de prima de fidelidad la medida prevista en el artículo 50 bis de la GG, después de que se le enviase la sentencia *Schöning-Kougebetopoulou*, antes citada, y, por otro, el Tribunal de Justicia aún no se había pronunciado sobre si podía estar justificado el obstáculo a la libre circulación de los trabajadores que supone una prima de fidelidad, el *Verwaltungsgerichtshof* debería haber mantenido su petición de decisión prejudicial.

118. En efecto, este órgano jurisdiccional no podía considerar que la solución de la cuestión jurídica controvertida se desprendía de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia o no dejaba lugar a ninguna duda razonable (véase la sentencia de 6 de octubre de 1982, *CILFIT* y otros, 283/81, Rec. p. 3415, apartados 14 y 16). Por lo tanto, tenía la obligación, con arreglo al artículo 177, párrafo tercero, del Tratado, de mantener su petición de decisión prejudicial.

119. Por otra parte, como se desprende de la respuesta a la tercera cuestión, una medida como el complemento especial por antigüedad previsto en el artículo 50 bis de la GG, aun cuando pueda calificarse de prima de fidelidad, implica un obstáculo a la libre circulación de los trabajadores contrario al Derecho comunitario. Así pues, el *Verwaltungsgerichtshof* violó el Derecho comunitario mediante su sentencia de 24 de junio de 1998».

Siendo rigurosos, la sentencia no dice que exista una violación autónoma del Derecho de la Unión por la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial, sino que la violación del Derecho comunitario se hace descansar conjuntamente de dos elementos: no haber mantenido la petición de decisión prejudicial cuando era obligada y la infracción de la norma comunitaria aplicable al caso, interpretada erróneamente por el tribunal nacional que retiró el planteamiento de la cuestión.

Hasta aquí ha llegado por el momento el Tribunal de Justicia que, en todo caso, se ha adentrado con suma cautela en el ámbito de las consecuencias que se derivarían de la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial desde la perspectiva subjetiva a la que aludíamos en el apartado anterior. Como no hará falta recordar, una de las eventuales consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión por un Estado miembro es la eventual generación de responsabilidad patrimonial. Al respecto la ya citada sentencia *Klober* parece descartar que dicha responsabilidad se pueda generar por la sola falta de planteamiento de la cuestión prejudicial con infracción del artículo 267 TFUE.

Aunque el Tribunal enfatiza en esta sentencia la «función esencial que desempeña el poder judicial en la protección de los derechos que los particulares deducen de las normas comunitarias» (párrafo 33) y deriva de esa necesaria protección el derecho de los particulares a «obtener reparación, ante un órgano jurisdiccional nacional, del perjuicio causado por la violación de dichos derechos debida a una resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia» (párrafo 39), lo cierto es que de la sentencia se deduce que la infracción del Derecho UE por falta de planteamiento de la cuestión prejudicial no genera por sí sola derecho a indemnización, sino sólo en la medida en que esa falta de

planteamiento trajo como consecuencia una interpretación errónea del Derecho de la Unión aplicable al fondo del asunto⁷⁰.

Como consecuencia, cabe afirmar que para el TJUE, el incumplimiento de la obligación de plantear la cuestión prejudicial es solo uno de los elementos a tener en cuenta para determinar la posible existencia de una infracción suficientemente caracterizada imputable al órgano judicial que dé lugar a responsabilidad patrimonial, tal como afirma claramente la sentencia de 13 de junio de 2006 (TJCE 2006, 163) (C-173/03, asunto *Traghetti del Mediterraneo*, párrafo 32):

«Como ha declarado el Tribunal de Justicia, esta responsabilidad solamente puede exigirse en el caso excepcional de que el órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia haya infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable. Para determinar si se cumple dicho requisito, el juez nacional que conozca de una demanda de indemnización deberá tener en cuenta todos los elementos que caractericen la situación que se le haya sometido y, en particular, el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, el carácter intencional de la infracción, el carácter excusable o inexcusable del error de Derecho, la posición adoptada, en su caso, por una institución comunitaria, así como el incumplimiento por parte del órgano jurisdiccional de que se trate de su obligación de remisión prejudicial en virtud del artículo 234 CE, párrafo tercero».

Hasta aquí, muy sintéticamente, el alcance dado por el Tribunal de Justicia a la obligación derivada del vigente artículo 267 TFUE (antiguo 177 TCE) y la caracterización de su incumplimiento.

Por otro lado, el Tribunal ha guardado silencio sobre las consecuencias de dicha infracción desde la perspectiva del procedimiento principal en el que la cuestión se debería haber planteado. De ahí que se haya sostenido que la violación de la obligación de plantear la cuestión prejudicial no es intrínsecamente sancionable⁷¹.

Un silencio cuyo mantenimiento en el futuro próximo podría no ser evitado si hubiera de pronunciarse en el contexto de una eventual infracción del artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva. Una vertiente en la que tiene relevancia la delimitación del contenido de este derecho realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

2. LA FALTA DE PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL A LA LUZ DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

La omisión del planteamiento de la cuestión prejudicial europea tiene, no obstante, otras dimensiones que conviene reseñar en un marco de ordenamientos jurídicos integridados. Una de ellas, es la que ofrece el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha

70. En el mismo sentido la posterior sentencia *Ferreira da Silva* (sentencia de 9 de septiembre de 2015, C-160/14).

71. Crouton, Laurent, «L'irénisme des Cours Européen. Rapport Introductif. L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice: Une obligation sanctionnée?», Bruylant, 2014.

examinado el problema desde la perspectiva de las garantías del artículo 6 del CEDH⁷². Precepto que garantiza el derecho de toda persona a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley.

Con este concreto y aparentemente limitado parámetro, ya la Comisión Europea de Derechos Humanos en resolución de 12 de mayo de 1993 (demanda n.º 20631/92) enunció algunos principios que han permanecido luego constantes en la jurisprudencia de Estrasburgo. Conforme a dicha decisión, ninguna disposición del Convenio permite deducir un derecho absoluto al planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. Pero ello no excluye que en determinadas circunstancias el rechazo del juez nacional que conoce en última instancia del planteamiento de la cuestión pueda violar el derecho a un proceso equitativo en el sentido del artículo 6 del Convenio⁷³.

El alcance del control jurisdiccional sobre la decisión de no plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia se examinará, esta vez por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la decisión del asunto *Herma c. Alemania* de 8 de diciembre de 2009 (demanda n.º 54193/07), para puntualizar que esa eventual afectación del artículo 6 del CEDH existirá si la denegación del planteamiento de la cuestión resulta arbitraria, en una línea jurisprudencial ampliamente seguida en otros casos⁷⁴.

Mediante sentencia, volverá el TEDH a la cuestión en el asunto *Ullens de Schooten et Rezabek c. Bélgica* (demandas n.º 3989/07 et 38353/07). La resolución de 20 de septiembre de 2011 concreta que el artículo 6 del Convenio comporta en este contexto para los tribunales nacionales el deber de motivar su decisión de no plantear la cuestión prejudicial. Precizando que, sin embargo, no le compete conocer de los «errores que hubieran cometido los tribunales internos en la interpretación y aplicación del derecho pertinente»⁷⁵.

Desde esta perspectiva, los tribunales italianos han sido censurados en las sentencias de los asuntos *Dhahbi* (sentencia de 8 de abril de 2014 (TEDH 2014, 15)) y *Schipani y otros* (sentencia de 21 de junio de 2015 (TEDH 2015, 83)), al no indicar en sus

72. Valutyté, Regina, «State liability for the infringement of the obligation to refer for a preliminary ruling under the European Convention on Human Rights», *Jurisprudencija/Jurisprudence, Mykolo Romerio Universitetas*, 2012, n.º 19(1), págs. 7-20.

73. En el mismo sentido se pronuncia la decisión dictada en el asunto *Predil Anstalt S.A. c. Italia* (decisión de 8 de junio de 1999, demanda n.º 31993/96).

74. A juicio del Tribunal de Estrasburgo, el rechazo del planteamiento de la cuestión prejudicial puede ser contrario al derecho a un juicio equitativo si se estima que la decisión es arbitraria (Decisión *Schweighofer y otros c. Austria*, de 24 de agosto de 1999, demandas n.ºs. 35673/97, 35674/97, 36082/97 y 37579/97; Decisión *Canela c. España*, de 4 de octubre de 2001 (JUR 2004, 148628), demanda n.º 60350/00; Decisión *Bakker c. Austria*, de 13 de junio de 2001, demanda n.º 43454/98; y decisión *John c. Alemania*, de 13 de febrero de 2007, demanda n.º 15073/03).

75. Schmauch, Magnus, «The Preliminary Ruling Procedure and the Right to a Fair Trial – Strasbourg Demands Reasoned Decisions from National Courts when They Refuse to Refer a Case to the ECJ», *European Law Reporter*, 2011, 12, pág. 362 y sgts.

resoluciones de rechazo del planteamiento de la cuestión prejudicial las razones por las que consideran que la cuestión propuesta era irrelevante, la norma comunitaria ya había sido interpretada por el Tribunal de Justicia o que la correcta aplicación del Derecho de la Unión no admitía duda razonable (párrafo 31 de la sentencia *Dhahbi* y párrafo 72 de la sentencia *Schipani*). Como se ve, el TEDH asume la doctrina del Tribunal de Luxemburgo sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial y analiza si el juez nacional al rechazar el planteamiento ha ofrecido una motivación suficiente no en términos abstractos sino específicamente dirigidos a poner de manifiesto el modo en que aplica la doctrina del Tribunal de Luxemburgo.

El razonamiento seguido por el TEDH ha adquirido una dimensión distinta, que trasciende del mero control de la motivación, en la más reciente sentencia de la Gran Sala de 23 de mayo de 2016 (JUR 2016, 121367) (*Avotiņš c. Latvia*)⁷⁶. En este caso no se cuestiona específicamente la eventual violación del artículo 6 del Convenio como consecuencia de la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial, sino que la Gran Sala analiza la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial por la jurisdicción nacional en el contexto de la aplicación de la presunción de protección equivalente de los derechos fundamentales por parte del Derecho de la Unión.

Como se recordará, la sentencia *Bosphorus* del TEDH declaró que una medida del Estado adoptada en ejecución de las obligaciones jurídicas derivadas de su pertenencia a una organización internacional debe presumirse justificada, siempre y cuando, de manera constante, la organización en cuestión otorgue a los derechos fundamentales una protección al menos equivalente a la garantizada por el Convenio⁷⁷. Una doctrina aplicada en los asuntos

76. Sobre la sentencia, véase Alonso García, Ricardo, «La doctrina de Estrasburgo sobre la protección equivalente tras el veto de Luxemburgo a la adhesión de la UE al CEDH (a propósito de *Avotins v. Letonia*)», *WP IDEIR* n.º 32 (2017).

También Cortés Martín, José Manuel, «Sobre la plena vigencia de la presunción de equivalencia (*Bosphorus*) y su aplicación al principio de reconocimiento mutuo en el espacio de libertad, seguridad y justicia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año n.º 20, n.º 55, 2016, págs. 819-858; González Pascual, María Isabel, «¿Puede aplicarse la Doctrina *Bosphorus* a los mecanismos de cooperación judicial del Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia? La Sentencia del TEDH (Gran Sala) *Avotins* contra Letonia, de 23 de mayo de 2016», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 61, 2017, págs. 131-151; Gascón Inchausti, Fernando, «El Derecho Procesal Civil Europeo comparece ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: reflexiones a partir de las resoluciones recaídas en los asuntos *Povse c. Austria* y *Avotiņš c. Letonia*», *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 6, n.º 2, 2014, págs. 91-111.

77. Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 30 de junio de 2005, asunto *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Ireland*. Sobre la sentencia, Cano Palomares, Guillem, «Un nuevo capítulo en el control del derecho comunitario por parte del Tribunal de Estrasburgo. (A propósito de la Stedh de 30 de junio de 2005, caso *Bosphorus Airways*)», *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, n.º 74, 2006, págs. 317-334; Antón Guardiola, Carmen, «Tribunal Europeo de Derechos Humanos. STDH 30.06.2005, *Bosphorus Airways* 45036/98, Derecho Comunitario y Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 11, n.º 28, 2007, págs. 943-957.

Sobre el principio de presunción de protección equivalente, véase Cortés Martín, José Manuel, «Sobre el sistema unionista de protección de los derechos humanos y la ruptura de la

Michaud y *Povse*⁷⁸. Esa presunción de equivalencia excusaría al TEDH de realizar en el caso concreto un control pleno de la protección otorgada al demandante en virtud del CEDH.

Lo destacable de la sentencia *Avotiņš*, en lo que aquí interesa, es que el análisis de la presunción de equivalencia parte de la consideración de la cuestión prejudicial como una de las garantías de protección de los derechos del CEDH que ofrece la Unión Europea, adoptando claramente una perspectiva subjetiva del vigente artículo 267 TFUE. Como consecuencia de ello, la verificación de la correcta aplicación del precepto que regula el planteamiento de la cuestión prejudicial por la jurisdicción nacional se configura como un presupuesto de la aplicación de la presunción de *la protección equivalente*.

Como apunta Ricardo Alonso «da la sensación de que la Sentencia de la Gran Sala, sin llegar a situarse en el terreno del control pleno, de iure improcedente (una vez admitida la entrada en juego la doctrina de la protección equivalente), sí que pareció ubicarse, de facto, en un terreno próximo o colindante con aquél».

Así, superando lo que pudiera considerarse un mero control formal de la motivación, el TEDH señala que al evaluar la equivalencia de la protección debe atenderse a las circunstancias de cada caso y que en el que es objeto de la sentencia resulta determinante que el demandante no planteó previamente ninguna duda sobre la interpretación de la norma comunitaria en cuestión (el Artículo 34(2) del Reglamento Bruselas I) y su compatibilidad con los derechos reconocidos en el Convenio (párrafo 111), razón por la que no hubo ocasión de suscitar el planteamiento de la cuestión prejudicial. Como consecuencia en Estrasburgo tampoco habrá ocasión de controlar si la falta de planteamiento de la cuestión hubiera podido vulnerar el CEDH. Lo que finalmente llevará a desestimar la demanda. Pero la sentencia parece insinuar que el principio de protección equivalente no se hubiera aplicado de haberse denegado de forma injustificada el planteamiento de la cuestión prejudicial.

Con todo no se agotan aquí las distintas perspectivas de los efectos de la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial, pues también ha de tenerse en cuenta la dimensión nacional⁷⁹. En nuestro caso, la respuesta dada por el Tribunal Constitucional.

3. LA FALTA DE PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

El vínculo entre la interpretación judicial del entonces artículo 177 TCE y la eventual vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no tardará en llegar a nuestro Tribunal Constitucional, en línea con lo acontecido antes en el Tribunal Europeo de

presunción de su equivalencia con el CEDH», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año n.º 17, n.º 46, 2013, págs. 935-971.

78. Sentencia de 6 de diciembre de 2012, asunto *Michaud c. Francia* y la decisión de 18 de junio de 2013, asunto *Povse c. Austria*.

79. La respuesta en otros ordenamientos puede verse en Valutyté, Regina, «Legal consequences for the infringement of the obligation to make a reference to a preliminary ruling under Constitutional Law», *Jurisprudencija /Jurisprudence, Mykolo Romerio Universitetas*, 2012, n.º 19 (3), págs. 1171-1186.

Derechos Humanos⁸⁰. Así, la STC 111/1993, de 25 de marzo (RTC 1993, 111) (y en el mismo sentido las SSTC 180/1993, de 31 de mayo (RTC 1993, 180), y 201/1996, de 9 de diciembre (RTC 1996, 201)), tras señalar que «el art. 177 del TCEE alegado por el recurrente pertenece al ámbito del Derecho comunitario europeo y no constituye, por sí mismo, canon de constitucionalidad», concluye que «ninguna vulneración existe del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 C.E. cuando el Juez estima, razonadamente, que no alberga dudas sobre la interpretación que había de darse» (FJ 2) al derecho comunitario y, por tanto, no estaba obligado a plantear la cuestión con arreglo al artículo 177 TCEE.

Esta doctrina fue superada con las sentencias SSTC 58/2004 (RTC 2004, 58) y 78/2010 (RTC 2010, 78) (ésta para modificar el sentido de la contenida en la STC 194/2006 (RTC 2006, 194))⁸¹. Como señala Alonso García, a la luz de estas sentencias, «cuando resulta procedente el planteamiento de la cuestión prejudicial en términos obligatorios, según exigencias del artículo 267 TFUE tal y como ha sido interpretado por el TJUE, y el juez ordinario, por su propia autoridad, inaplica una norma de rango legal por contraria al Derecho de la Unión, ello acarrea una vulneración de la tutela judicial efectiva en su manifestación de derecho a un proceso con todas las garantías, sin necesidad de entrar en consideraciones acerca de si dicha vulneración abarca también su manifestación del derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho (o lo que es igual a efectos prácticos, tal actuación, per se, implicaría también una vulneración del derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho)».

Por el contrario si el planteamiento de la cuestión no resulta procedente conforme al TFUE, «ello no acarrea una vulneración de la tutela judicial efectiva en su manifestación de derecho a un proceso con todas las garantías» sin perjuicio de que «en función de la argumentación judicial, una vulneración de dicha tutela en su manifestación del derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho»⁸².

Estos principios no deben, sin embargo, trasladarse miméticamente al supuesto de inaplicación de una norma reglamentaria por infracción del Derecho comunitario, supuestos en los que entra en juego la potestad judicial de inaplicación de la norma prevista en el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁸³.

La línea doctrinal descrita parecería quebrarse con la sentencia 27/2013, de 11 de febrero (RTC 2013, 27), pues si bien es cierto que reitera el principio de un juicio limitado al control del respeto de las garantías del artículo 24 CE (FJ 5) que «impone a los

80. Alonso García, Ricardo y Baño León, José María, «El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 10, n.º 29. Mayo-Agosto 1990.

81. Morcillo Moreno, Juana, «El planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria a la luz de la jurisprudencia europea y constitucional: ¿Facultad o deber?», *Revista de Administración Pública*, n.º 185, Madrid, mayo-agosto (2011), págs. 227-262.

82. Alonso García, Ricardo, «Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004 (RTC 2004, 58), 194/2006 (RTC 2006, 194) y 78/2010 (RTC 2010, 78))», *CDP. Cuadernos de Derecho Público* n.º 38, septiembre-diciembre 2009, págs.24-25.

83. Alonso García, *CDP*, obra citada, págs. 25-29.

órganos judiciales “no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria” (STC 8/2005, de 17 de enero, FJ 3)», lo cierto es que cuando analiza el eventual carácter arbitrario de la resolución el Tribunal parece alejarse de la necesidad de realizar un juicio sobre la correcta interpretación de los presupuestos del planteamiento de la cuestión prejudicial a la luz de la doctrina del Tribunal de Justicia. Una omisión, deliberada o no, que llevará a la formulación de un voto particular por la Magistrada Asúa Batarrita para quien «la obligación... de plantear la cuestión queda excepcionada con base en un particular entendimiento de la doctrina europea del acto claro que la desfigura hasta hacerla irreconocible».

Se afirma de este modo un canon restringido de enjuiciamiento constitucional, que no incluiría el control de la correcta aplicación de la doctrina del TJUE acerca de la obligación de plantear cuestión prejudicial como parámetro de control de la arbitrariedad. Canon que parece haberse seguido en la más reciente sentencia 99/2015, de 25 de mayo (RTC 2015, 99), en la que se afirma que la decisión sobre el planteamiento o no de la cuestión prejudicial es de «estricta legalidad ordinaria» y, por tanto, al Tribunal Constitucional no «le corresponde pronunciarse sobre el eventual acierto de la decisión finalmente adoptada, ni tampoco alumbrar otras interpretaciones que pudieran resultar más plausibles» (FJ 4).

Desde esta perspectiva del derecho a un proceso con todas las garantías, la STC 212/2014, de 18 de diciembre (RTC 2014, 212) (FJ 3) reitera que «en esta instancia constitucional lo único que nos corresponde ponderar es si la resolución judicial está fundada en Derecho y es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria». Un examen que se desenvuelve, en particular, desde dos distintas perspectivas: el derecho a una resolución judicial motivada y la interdicción de la arbitrariedad. Es así como en el caso concreto considera satisfecho el deber de motivación mediante un razonamiento implícito posteriormente explicitado en sede de recurso de apelación que «no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión».

La STC 99/2015, de 25 de mayo (RTC 2015, 99), ratificando la doctrina de la STC 212/2014 (RTC 2014, 212), reconoce que «el órgano judicial es competente para valorar la eventual aplicación de la normativa de la Unión Europea al caso concreto, de manera que, si a dicho órgano no le asaltan dudas sobre ese particular, en esta sede constitucional no cabe formular censura alguna por no plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, salvo por deficiencias de motivación» (FJ 5).

Otro aspecto del artículo 24 CE invocado en amparo ha sido el «derecho al juez ordinario predeterminado por la ley»⁸⁴, pero el Tribunal considera que «el hecho de no haber planteado cuestión prejudicial queda extramuros» del contenido de este derecho «que según hemos afirmado “exige, fundamentalmente, que el órgano judicial haya sido creado por una

84. Un ámbito de control en el que Ricardo Alonso García y José María Baño León en la obra antes citada apuntaban en los primeros años de la andadura del Tribunal Constitucional un potencial alcance mayor del que finalmente el Tribunal Constitucional ha admitido, obra citada, págs. 220-221.

norma legal invistiéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional” (por todas, STC 191/2011, de 12 de diciembre, FJ 5)».

No queda claro de dicho pronunciamiento si el acceso al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sede de cuestión prejudicial cuando debió plantearse la cuestión, forma parte de esta garantía constitucional. Ahora bien, de la lectura aislada del pasaje de las dos sentencias recién reseñadas podría deducirse que el acceso al TJUE no forma parte del contenido del derecho de acceso al juez predeterminado por la Ley. No obstante, la rotunda aseveración del Tribunal Constitucional se hace tras señalar en el párrafo precedente que no se planteó la cuestión porque el órgano judicial no albergó dudas interpretativas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE.

Hasta aquí el repaso a las garantías del justiciable respecto del planteamiento de la cuestión prejudicial europea, desde las distintas vías concurrentes de protección de su derecho (la garantía del Derecho de la Unión, la perspectiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Constitución española). Ninguna de ellas alcanza un efecto tan nítido y radical como el previsto en el Convenio para la Alta Silesia, cuando en un asunto judicial debió reenviarse la cuestión al Tribunal Supranacional y no se hizo. Como se recordará el Convenio para la Alta Silesia obliga a los tribunales nacionales a considerar la aplicación errónea del apartado 2 de su Artículo 588 como un vicio esencial del procedimiento principal en el que debió haberse producido el reenvío al Tribunal arbitral. Una consecuencia que, por el contrario, no aparece expresamente reconocida con carácter general en ninguna de las vías jurisdiccionales concurrentes examinadas.

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Concluyo aquí esta indagación sobre los vínculos de la cuestión prejudicial europea con el efímero experimento de la Alta Silesia. Una ocasión no sólo para adentrarse en la concreta institución jurídica sino también para evocar el proceloso y complejo camino de la construcción europea. No se puede vivir del pasado pero corremos el riesgo, abrumados por las urgencias del presente, de no ser capaces de aprovechar todas las enseñanzas y experiencias ya adquiridas cuando toca imaginar las soluciones para el porvenir.

A pesar de las coincidencias advertidas en este trabajo, tanto desde la perspectiva normativa como de alguno de los protagonistas de esta historia, no se puede demostrar que cuando se redactaron los Tratados comunitarios y se incorporó la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia se tuviera en cuenta el precedente del procedimiento de remisión ante el Tribunal Arbitral de la Alta Silesia. Sin embargo, conviene no descartarlo.

Aventurar un posible enlace o antecedente entre la actual cuestión prejudicial europea y el reenvío interpretativo al Tribunal de la Alta Silesia es una buena excusa para tener presente los delicados equilibrios sobre los que se ha venido construyendo Europa en los últimos cien años.

Es cierto, cada día son más los ciudadanos europeos que, por meros motivos generacionales, han olvidado la razón del sueño europeo. Educados en la dilución del

identitario nacional y no habiendo sido incapaces de crear un demos europeo al modo tradicional, nuestros hijos o nietos tampoco se identifican por una pertenencia a la Unión, sino más con un cosmopolitismo indiferenciado. Por otro lado, no se trata de sustituir identidades, ni de crearlas nuevas, basta con recordar la razón motriz del único invento capaz de mantener la paz en el continente por más de setenta años⁸⁵.

Relata Jean Monnet en sus memorias la conversación escuchada en un bar el verano de 1950 durante sus vacaciones en la Isla de Re. El mundo andaba sumido en el miedo a una nueva guerra a escala mundial entre Estados Unidos y la Unión Soviética tras la apertura de hostilidades en Corea en plena Guerra Fría, con Europa padeciendo aún las secuelas de la Segunda Guerra Mundial. Apenas habían transcurrido cuatro meses desde la Declaración Schuman del 9 de mayo sin que se hubiera alcanzado aún el acuerdo que dará a luz la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. La conversación la mantienen dos jóvenes militares de permiso en la terraza de un café y uno le dice al otro «con el Plan Schuman al menos una cosa es segura, que el soldado no irá más a hacer la guerra»⁸⁶.

Lo recordaba el Presidente del Consejo Europeo, Donald Tusk, en su carta de 31 de enero de 2017 a los miembros del Consejo: *«Debemos mirar al futuro... Pero nunca, bajo ningún concepto, debemos olvidar los motivos más importantes por los que hace sesenta años decidimos unir Europa. Con frecuencia oímos que el recuerdo de las tragedias de una Europa dividida del pasado ha dejado de ser un argumento, que las nuevas generaciones no recuerdan las fuentes de nuestra inspiración. Pero la amnesia no invalida estas inspiraciones, ni nos libera de nuestro deber de seguir recordando las trágicas enseñanzas de una Europa dividida. En Roma, debemos reiterar firmemente estas dos verdades básicas, aunque olvidadas: la primera, nos hemos unido para evitar otra catástrofe histórica, y la segunda, que los tiempos de la unidad europea han sido los mejores de toda la historia centenaria de Europa»*.

85. Al menos entre sus principales actores, para no olvidar la Guerra de los Balcanes.

86. Jean Monnet, obra citada, pág. 397.