

El «recurso» a la prejudicial (234 TCE) como «cuestión» de amparo

(A propósito de la STC 58/2004, de 19 de abril de 2004, que otorga el amparo frente a una vulneración del art. 24 CE originada por incumplimiento de la obligación de plantear la cuestión prejudicial comunitaria)*

Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena

Profesor Titular de Derecho Constitucional.
Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco
(Donostia-San Sebastián)

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PLANTEAR LA CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TJCE. CONTEXTO E HISTORIA DE UN PROBLEMA—II.1. *Contexto general o externo: Tribunal Constitucional y Derecho comunitario*—II.2. *Contexto concreto: Tribunal Constitucional y aplicación judicial del Derecho comunitario*—II.3. *El núcleo: Tribunal Constitucional y obligación de plantear la cuestión prejudicial ex artículo 234 TCE*—II.3.1. La cuestión prejudicial y la obligación (comunitaria) de plantearla—II.3.2. El Tribunal Constitucional ante el incumplimiento de la obligación comunitaria de plantear la cuestión prejudicial
- III. LA NOVEDAD: LA SENTENCIA 58/2004 ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PLANTEAR LA CUESTIÓN PREJUDICIAL—III.1. *Planteamiento*—III.2. *La descripción del contenido de la Sentencia*—III.2.1. Los antecedentes—III.2.2. Descripción de la fundamentación jurídica—III.3. *Algunas reflexiones valorativas sobre la Sentencia*—III.3.1. La STC 58/04

* El presente análisis se integra en el ámbito de un Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (Secretaría de Estado de Política Científica y Tecnológica. Dirección general de Investigación), que lleva por título «La creación de un “orden público” internacional y europeo de los derechos fundamentales a través de la acción judicial» (Ref.: PI/BJU2003-08790). Quiero aprovechar la ocasión, igualmente, para expresar mi agradecimiento a los profesores Ricardo Alonso García, Edorta Cobreros Medazona y Alejandro Saiz Arnaiz por todas las observaciones y sugerencias que me han realizado.

JUAN IGNACIO UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA

ante la relación entre el Tribunal Constitucional y el Derecho comunitario—III.3.2. La STC 58/04 ante la relación entre el Tribunal Constitucional y la aplicación judicial del Derecho comunitario—III.3.3. La STC 58/04 ante la relación entre el Tribunal Constitucional y la obligación comunitaria de plantear la cuestión prejudicial ante el TJCE—III.4. *Una reflexión final*

I. INTRODUCCIÓN

La Sentencia del Tribunal Constitucional 58/2004 (pronunciada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional el 19 de abril y publicada en el BOE de 18 de mayo) viene a estimar un recurso de amparo (promovido por la Generalidad de Cataluña frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de octubre de 1999) por una vulneración del artículo 24 Constitución Española (CE) que trae causa (también) del no planteamiento de la correspondiente cuestión prejudicial comunitaria (artículo 234 del Tratado –*ex* 177– de la Comunidad Europea o TCE) por parte del «Juez nacional».

La STC 58/2004 tiene una importancia e interés especiales, que estriban en la novedosa razón por la que se concede el amparo y en las significativas implicaciones que conlleva y genera esa novedad. En efecto, en esta Sentencia el TC viene a constatar «por primera vez» que el origen o la causa de la vulneración del artículo 24 susceptible de protección en amparo reside en una infracción de la obligación (comunitariamente establecida, como decimos, *ex* 234 TCE) que tienen los «órganos jurisdiccionales» nacionales de plantear (cuando así corresponda) la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE). Se trata, a todas luces, de una «innovación» respecto de la línea jurisprudencial que al respecto viene manteniendo el TC (aunque no cabe, por el contrario, predicar tal carácter novedoso respecto de la postura defendida por la doctrina especializada en el tema¹, ni tampoco en relación con la jurisprudencia constitucional de algunos otros Estados miembros²). Pero la Sentencia aparece como impor-

¹ Al respecto, tempranamente, ALONSO GARCÍA, R. y BAÑO LEÓN, J. M., «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*, 29, 1990, pgs. 103 y ss.; TRAYTER, J. M., «Recurso de amparo, artículo 24 de la Constitución e integración del Derecho europeo», *Noticias de la Unión Europea*, 118, 1994, pgs. 94 y ss. Véanse también al respecto, entre otros: LÓPEZ CASTILLO, A., «La jurisprudencia iuscomunitaria del Tribunal Constitucional a doce años de la integración española en las Comunidades Europeas», *Revista de Estudios Políticos*, 99, 1998, pgs. 189 y ss.; Díez-PICAZO, L. M., «El Derecho Comunitario en la Jurisprudencia Constitucional Española», *REDC*, 54, 1998, pgs. 255 y ss.; del mismo, «Constitución española e integración europea», en su *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pgs. 189 y ss.; ORTIZ VAAMONDE, S., «El Tribunal Constitucional ante el Derecho comunitario (I)», *REDC*, 61, 2001, pgs. 301 y ss.; FRAILE ORTIZ, M., «Negativa del juez nacional a plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista Española de Derecho Europeo*, 7, 2003, pgs. 433 y ss.; ALONSO GARCÍA, R., *El Juez español y el Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pgs. 217 y ss.

² Véase al respecto, para el caso del Derecho alemán: ALONSO GARCÍA, R. y BAÑO LEÓN, J. M., «El recurso de amparo frente a la negativa...», *op. cit.*, pgs. 200 y ss.; ALONSO, R., *El juez español y el Derecho comunitario*, *op. cit.*, pgs. 282 y ss. y 291-292.

tante e interesante no sólo porque rezuma novedad, sino por las implicaciones que conlleva esa novedad con vistas a una más adecuada aplicación del Derecho comunitario en España, tanto en lo que concierne al propio Derecho comunitario, como a una más depurada protección del derecho a la tutela judicial efectiva cuando de lo que se trata es de la aplicación de ese Derecho por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales.

El Tribunal Constitucional viene manteniendo, como veremos a continuación, una regla general básica en su relación respecto al Derecho comunitario. A saber: negar, en primer lugar y de forma explícita, que éste tenga «rango constitucional»; y deducir, en segundo lugar, que el Derecho comunitario carece también, en consecuencia, de «relevancia constitucional»³. Se trata de una posición teórica que identifica a la postre la ausencia de rango constitucional con la ausencia de relevancia constitucional, una posición que, como veremos, le empuja al Tribunal Constitucional no sólo a autoexcluirse de la aplicación del Derecho comunitario sino que también de entrar a conocer o controlar, en su caso, la aplicación judicial (nacional) de ese Derecho, negando prácticamente toda viabilidad al recurso de amparo frente a vulneraciones de los derechos fundamentales que traigan causa del incumplimiento judicial del Derecho comunitario. Y es en este contexto donde surge la STC 58/2004, que si bien no concede el amparo frente a una directa transgresión del Derecho comunitario, o ante una vulneración de un derecho fundamental comunitariamente establecido, etc., esto es, en virtud de considerar al Derecho comunitario como canon o parámetro directo y autónomo de enjuiciamiento y, en consecuencia, con rango constitucional, sí que alcanza, no obstante, a reconocer que la (in)aplicación o (in)cumplimiento del Derecho comunitario, en este caso de la obligación de plantear la cuestión prejudicial (art. 234 TCE), puede repercutir en la existencia de una vulneración de un derecho fundamental susceptible de protección en amparo, es decir, a «reconocer» que el Derecho comunitario puede tener «relevancia constitucional».

II. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PLANTEAR LA CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TJCE. CONTEXTO E HISTORIA DE UN PROBLEMA

II.1. Contexto general o externo: Tribunal Constitucional y Derecho comunitario

La historia de esta relación se ve muy gráficamente plasmada en la capital STC 28/1991, de 14 de febrero, cuando se señala que «... la tarea de garanti-

³ Estoy utilizando, como es por todos conocido, la útil distinción entre rango y relevancia constitucional que felizmente propaló Díez-PICAZO, L. M., «El Derecho Comunitario en la Jurisprudencia Constitucional Española», *op. cit.*, pgs. 259 y ss. y 267; o en su «Constitución española e integración europea», *op. cit.*, pgs. 196 y ss.

zar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es... una cuestión de carácter infraconstitucional y por lo mismo excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales» (F. 4^º). Y continúa, si cabe de forma más significativa: «ni el Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas ni el Derecho de éstas integran, en virtud del art. 96.1 CE, el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las Leyes del Estado español. Ningún tratado internacional recibe del art. 96.1 más que la consideración de norma que, dotada de la fuerza pasiva que el precepto le otorga, forma parte del ordenamiento interno; de manera que la supuesta contradicción de los tratados por las Leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que por tanto deba ser resuelto por el Tribunal Constitucional [...], sino que, como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan. En suma, la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por Leyes o normas estatales o autonómicas posteriores no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria» (F. 5^º). Esta posición teórica de negar «rango constitucional» al Derecho comunitario es la que se mantendrá de forma estable a lo largo de toda la posterior jurisprudencia constitucional al respecto.

II.2. Contexto concreto: Tribunal Constitucional y aplicación judicial del Derecho comunitario

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tras haber dejado sentado que el Derecho comunitario carece de rango constitucional, ha venido, a lo largo de tres lustros, identificando o no diferenciando esa carencia con aquella otra referida a la «relevancia constitucional» de aquel Derecho⁴. En efecto, la consideración de la carencia de rango constitucional del Derecho comunitario conduce al TC a considerar, entre otras cosas, que no sólo no le compete participar en la aplicación jurisdiccional del Derecho comunitario en España, sino que –tratándose precisamente de la aplicación del Derecho comunitario, esto es, de un problema de mera selección de la norma aplicable al caso concreto– tampoco le corresponde, «en consecuencia» entrar a conocer o controlar la aplicación judicial (jurisdicción ordinaria) del Derecho comunitario⁵.

⁴ Por todos, por ejemplo: Díez-PICAZO, L. M., «El Derecho Comunitario en la Jurisprudencia Constitucional Española», *op. cit.*, pg. 267; FRAILE, M., «Negativa del juez nacional a plantear una cuestión prejudicial...», *op. cit.*, pgs. 447 y ss.

⁵ Y ello, como se encarga de recordar la doctrina (léase, por ejemplo, FRAILE, M., «Negativa del juez nacional...», *op. cit.*, pg. 447), a pesar de que el propio Tribunal Constitucional haya reconocido en múltiples ocasiones que el hecho de que la selección del Derecho aplicable corresponda a los órganos judiciales «no significa que la determinación de la norma aplicable al caso carezca siempre y en todos los casos de relevancia constitucional» (por ejemplo, STC 180/1993, F. 4^º).

La jurisprudencia constitucional precedente ha exhibido una casi plena identificación entre falta de rango e irrelevancia constitucional⁶, lo cual ha conducido a negar prácticamente toda viabilidad al recurso de amparo frente a vulneraciones judiciales del Derecho comunitario. Y en este sentido es interesante recordar la constatación de que «la inmensa mayoría de las sentencias en las que el punto de partida del Tribunal (...) es la “irrelevancia constitucional” de la cuestión suscitada, a saber, la aplicación judicial del Derecho comunitario, fueron dictadas en procesos de amparo (...), siendo sin embargo el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE el derecho cuya vulneración se alegaba en la mayoría de los casos»⁷.

II.3. El núcleo: Tribunal Constitucional y obligación de plantear la cuestión prejudicial *ex artículo 234 TCE*

II.3.1. *La cuestión prejudicial y la obligación (comunitaria) de plantearla*

El artículo 234 (antiguo 177) del Tratado de la Comunidad Europea establece que:

«El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) sobre la interpretación del presente Tratado;

⁶ Es verdad que el Derecho comunitario (con la excepción de la STC 130/95) no ha tenido en la práctica ninguna relevancia constitucional. Sin embargo, no cabe subestimar u obviar del todo su papel, ya que no se puede olvidar que alcanza, cuando menos, a tener una cierta «presencia constitucional», especialmente el (si se me permite el sintagma) «Derecho comunitario de los derechos fundamentales». Se trata de una «presencia» que tiene lugar a través de diversas vías, a saber: la vía del artículo 10.2 que señala la mencionada STC 64/1991 (al respecto véanse, por ejemplo las SSTC 229/1992, F. 3º; 130/1995, F. 4º; 137/1995, F. 3º; o 224/1999, F. 3º); o la que deriva de la utilización de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (proclamada en Niza) como *soft law* (nacional), en concreto, utilizando dicha Carta como argumento de autoridad para reforzar a mayor abundamiento sus razonamientos (SSTC 292/2000 y 53/2002); (sobre la utilización del *soft law* comunitario véase: ALONSO GARCÍA, R., «El *soft law* comunitario», *Revista de Administración Pública*, 2001, 154, pgs. 63-94). Véase al respecto: PÉREZ TREMPES, P., *El recurso de amparo*, Tirant lo Blach, Valencia, 2004, pgs. 63 y ss.; o ALONSO GARCÍA, R., *El Juez español y el Derecho comunitario*, *op. cit.*, pgs. 264 y ss. [donde se describe con claridad cómo el Derecho comunitario actúa como canon hermenéutico e incluso integrador del bloque de constitucionalidad. Se trata de un recurso al Derecho comunitario que «puede no sólo ser útil, sino incluso obligado en otros ámbitos, como en la determinación del alcance del principio de reserva de ley o de si existe una “extraordinaria y urgente necesidad” a los efectos de adoptar un Decreto-ley en el radio de acción del ordenamiento comunitario, por no hablar de su utilización (...), como canon formal de constitucionalidad, por remisión, en el supuesto de reenvío (o reproducción) al (del) contenido de una norma comunitaria a la hora de delimitar las bases a las que quedaría sometido el Gobierno en el ejercicio de una delegación legislativa» (pgs. 267-268)].

⁷ FRAILE, M. (*idem*, pg. 448), quien señala y analiza especialmente, a este respecto, las siguientes SSTC recaídas en amparo: 64/1991; 111/1993; 180/1993; 372/1993; 143/1994; 265/1994; 274/1994; 130/1995; 45/1996; 201/1996; 203/1996; 35/2002 y 41/2002.

b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el BCE;

c) sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia».

Tal y como destaca R. ALONSO GARCÍA, para entender la finalidad y la dinámica de funcionamiento de la cuestión prejudicial es necesario partir de un presupuesto básico, cual es que «la mayor parte del Derecho Comunitario es desarrollado y ejecutado en régimen de descentralización por las autoridades nacionales, incluidos los órganos jurisdiccionales, encargados de velar por su correcta aplicación», y que parece claro que «la “Comunidad” Europea operada en la fase de producción normativa (en el sentido de una norma común para todos los Estados miembros procedente de Instituciones que trascienden de la voluntad unilateral de aquéllos), correría el riesgo de ruptura si su fase aplicativa, operada generalmente como se acaba de señalar en régimen de descentralización, se dejara por completo en manos de los Estados miembros –en última instancia, de sus órganos jurisdiccionales competentes para conocer de los litigios que surjan en dicha fase aplicativa–, con posibilidad de divergencias entre unos y otros». Ello obliga a no olvidar «que 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”»⁸. Y es sobre dicho presupuesto sobre el que hay que situar la finalidad de un mecanismo de cooperación judicial como la cuestión prejudicial comunitaria: «colocar a una Institución comunitaria, el TJCE, como órgano encargado de marcar las pautas comunes a tener en cuenta por los jueces y tribunales nacionales a la hora de velar por la correcta interpretación y aplicación del Derecho comunitario, extendiendo la “comunidad” alcanzada en la fase de producción normativa a fase de su ejecución material, en última instancia por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros»⁹.

⁸ Cfr. ALONSO GARCÍA, R., *El juez español y el Derecho comunitario*, op. cit., pgs. 217-219.

⁹ *Ibidem*, pg. 220. Sobre la cuestión prejudicial, entre muchos otros: PESCATORE, «Las cuestiones prejudiciales. Artículo 177 del Tratado CEE», en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y J. LIÑÁN NOGUERAS, D. (dirs.), *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid, 1993, pgs. 527-571; RUIZ-JARABO COLOMER, D., «La cooperación entre el Tribunal de Justicia y los jueces nacionales. Límites del procedimiento prejudicial», en *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1998, pgs. 847-878; BAPTISTA, M., *Manuale del rinvio pregiudiziale. Diritto Comunitario*, Cedam, Padova, 2000; CRAIG, P. y DE BURCA, G., *EU Law (Text, cases and materials)*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2003, pgs. 432

Según establece el mencionado artículo 234 TCE, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden encontrarse, dentro del contexto de un asunto pendiente ante ellos, en la situación de dirigirse ante el TJCE, ya de forma «facultativa» o ya de forma «obligatoria», según sus decisiones sean o no susceptibles de ulterior recurso, para solicitar así a dicho Tribunal un pronunciamiento sobre las dudas referidas a la «validez» o la «interpretación» del Derecho comunitario, dudas que sea necesario despejar para resolver el asunto o litigio que tienen pendiente ante ellos.

Ciñéndonos ahora, a lo que nos interesa describir para situar el tema del presente comentario jurisprudencial, conviene resaltar que un órgano jurisdiccional –que tenga la correspondiente duda– planteará una cuestión prejudicial ante el TJCE de una de las dos formas siguientes: (a) facultativamente, si sus decisiones son «susceptibles de ulterior recurso»¹⁰; (b) obligatoriamente, si no lo son. Poniéndonos en esta segunda situación, es posible distinguir, a su vez, entre otras dos distintas en función del contenido de la duda del órgano jurisdiccional nacional (que, como ya se ha dicho, debe en cualquier caso tener el carácter de duda de necesaria solución para poder resolver el litigio pendiente en cuestión): (b.1) puede ser una duda sobre la validez del Derecho comunitario en cuestión; (b.2) o puede ser una duda sobre la interpretación de ese Derecho. Teniendo en cuenta, una vez más, los extremos del asunto o caso que nos entretiene en este comentario jurisprudencial (adelanto que se trata de un caso de obligatoriedad –comunitaria– de plantear una cuestión prejudicial de interpretación) sólo nos ceñiremos al supuesto «(b.2)»¹¹. Puestos a ello, es posible señalar también que el propio supuesto de un órgano jurisdiccional nacional que se encuentre en la obligación de plantear una cuestión prejudicial de interpretación puede presentar, a su vez, dos variantes en función del contenido de la duda de interpretación: (b.2.1) que la duda sea sobre el sentido o alcance de la interpretación de la normativa comunitaria. Se trata de un supuesto en el que no se duda, al menos en principio, sobre la

y ss.; SARMIENTO O., *Poder judicial e integración europea*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004. Para un análisis de la evolución de las cuestiones prejudiciales planteadas con arreglo al art. 234 TCE por las instancias judiciales de cada uno de los Estados miembros véanse los Informes Anuales sobre el control de la aplicación del Derecho Comunitario aprobados por la Comisión. El Vigésimo Informe, relativo al año 2002 se encuentra pendiente de publicación y los anteriores pueden consultarse en la red. En concreto, el decimonoveno Informe Anual sobre el curso judicial 2001 [COM (2001) 324-final; Bruselas, 28 de junio de 2002] en: <http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/rpt/2002/act0324es01/1.pdf>; y el Decimooctavo Informe Anual relativo al año 2000 [COM (2001) 309 final; Bruselas, 16 de julio de 2001] en: http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/rpt/2001/act309en01/com2001_0309en01-01.pdf.

¹⁰ *In extenso* sobre el significado de la expresión: ALONSO GARCÍA, R., *El juez español y el Derecho comunitario*, *op. cit.*, pgs. 226 y ss.

¹¹ Cabe recordar, respecto al apartado «(b.1)» y de forma muy resumida, que el TJCE tiene el monopolio de los «juicios negativos» sobre la validez del Derecho comunitario derivado. Al respecto, por ejemplo, M. FRAILE, «Negativa del juez nacional...», *op. cit.*, pgs. 438 y ss.; SARMIENTO O., *Poder judicial...*, *op. cit.*, pgs. 123 y ss.

aplicabilidad del Derecho comunitario, sino sólo sobre la extensión y/o los extremos con que debe hacerse esa aplicación; (b.2.2) que la duda sea sobre la propia aplicabilidad al caso de la normativa comunitaria.

En efecto, puede parecer, al menos *prima facie*, que el artículo 234, cuando se refiere a las cuestiones prejudiciales de interpretación se está refiriendo exclusivamente a las dudas que pueda generar el alcance o el sentido con el que debe interpretarse (interpretar es, a la postre, dar contenido de significado) una regla comunitaria de cuya aplicación no se duda (puesto que ya se tiene claro que es determinante para resolver el caso). Sin embargo, la duda de interpretación (susceptible de generar el planteamiento de una prejudicial) puede versar también sobre el hecho mismo de si la regla comunitaria es o no aplicable. O dicho de una forma más ortodoxa, dado que no puede (no debe) haber aplicación sin interpretación y sí en cambio interpretación sin aplicación, esa duda puede versar no ya o no sólo sobre la exacta interpretación de una regla comunitaria de incuestionable aplicación, sino que también sobre la interpretación de una regla comunitaria que tiene por objeto, precisamente, llegar a conocer el significado de esa regla para poder así decidir si es o no de incuestionable aplicación en el caso. Y tal y como señala M. Fraile, aunque no aparezca expresamente referido en la literalidad del art. 234.3 TCE, hay que entender que este artículo «*obliga al juez de última instancia a plantear una cuestión prejudicial ante el TJCE tanto si duda sobre el alcance de una norma comunitaria o sobre su validez como si lo hace sobre la aplicabilidad al caso de una norma comunitaria, siempre que considere que la respuesta que el TJCE pueda dar a dicha cuestión –la aplicabilidad o no de la norma comunitaria– sería determinante de la solución que haya de darse al litigio*»¹².

Como comprobaremos más adelante, en la STC 58/2004 el problema proviene (por lo que al Derecho comunitario se refiere) de un juicio de aplicabilidad, aunque no de un juicio de aplicabilidad sobre una norma comunitaria, sino sobre una Ley nacional. La cuestión es que, según entenderá el

¹² «Negativa del juez nacional a plantear...», *op. cit.*, pg. 441 (énfasis añadido). Este último juicio (tal y como defiende en buena lógica la doctrina del TJCE), el consistente en si el conocimiento de un determinado aspecto del Derecho comunitario es o no necesario o definitivo para la resolución del litigio pendiente (conocido como «juicio de pertinencia»), es de la exclusiva responsabilidad del juez *a quo*, del juez nacional. Ahora bien, «una cosa es que el TJCE no pueda interferir en el poder de apreciación de un juez nacional sobre si una decisión sobre Derecho comunitario es necesaria para la solución final del caso (...), y otra muy distinta es que el TJCE no pueda pronunciarse sobre la aplicabilidad o no al supuesto de hecho de una norma comunitaria cuando la decisión del juez *a quo* vaya a ser irrecurrible –juicio sobre la aplicabilidad–, pues ello no impide en todo caso al juez nacional decidir si ese eventual pronunciamiento del TJCE cambiaría o no en algo la decisión final a adoptar» (pg. 442). Esta autora realiza, además, un completo análisis de las distintas situaciones que se pueden dar (y los derechos que eventualmente pueden verse vulnerados) según las diferentes determinaciones que adopte un órgano jurisdiccional (cuyas resoluciones no son susceptibles de ulterior recurso) cuando se encuentre tanto ante una duda de interpretación como ante una de aplicabilidad del Derecho comunitario (pgs. 458-459).

TC, para dirimir este último juicio era necesario –tal y como se deduce de los requisitos que rigen al efecto en el Derecho comunitario– plantear la prejudicial de interpretación ante el TJCE con el concreto objeto de conocer el significado de la norma comunitaria aplicable y determinar así, correctamente, si la Ley estatal era o no aplicable. Es decir, y aunque sea curioso, en este caso la cuestión de fondo no es el juicio de aplicabilidad de la norma comunitaria, sino un juicio de aplicabilidad de una norma estatal realizado en atención a la correcta interpretación del Derecho comunitario. Pero sobre ello volveremos más adelante.

Junto con lo anterior, es importante igualmente tener en cuenta que la «obligación» de plantear una cuestión prejudicial (sea de validez o interpretación, y en este último caso, sea o no para determinar la aplicabilidad misma o el alcance de la aplicación de la regla comunitaria) tiene sus excepciones. En efecto, tal y como tiene establecido la jurisprudencia del TJCE esa obligación puede ceder en dos concretos casos, dos supuestos en los que se puede considerar que la duda está despejada, cediendo así la obligación de plantear la cuestión prejudicial. Se trata de los casos usualmente designados con los sintagmas «doctrina del acto aclarado» y «doctrina del acto claro»¹³. El primer supuesto, el de la doctrina del acto aclarado (que comenzó a acogerse por el TJCE en 1963 en el asunto *Da Costa*¹⁴, ampliando su radio de acción en el asunto *Cilfit*¹⁵) consiste en que no existiría obligación de plantear la prejudicial¹⁶ en presencia de «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»¹⁷. Por su parte, la llamada doctrina del acto claro (de origen francés, asumida por el TJCE desde el ya mencionado asunto *Cilfit*) es la que hace referencia al supuesto en que «la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución planteada», en el bien entendido, eso sí, de que «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», de modo

¹³ Al respecto, *in extenso*, por ejemplo: ALONSO GARCÍA, R., *El juez español y el Derecho comunitario*, *op. cit.*, pgs. 233 y ss.; SARMIENTO O., *Poder judicial e integración europea*, *op. cit.*, pgs. 80 y ss.

¹⁴ Sentencia TJCE *DA COSTA EN SCHAAKE NV E.A V. ADMINISTRATIE DER BELASTINGEN*, de 27 de marzo de 1963, C-28 a 32/1962.

¹⁵ STJCE *Srl CILFIT & Lanificio di Gavardo SpA v. Ministry of Health*, de 6 de octubre de 1982, C-283/81.

¹⁶ Es más, recuerda el citado ALONSO GARCÍA, R., «su activación innecesaria podría incluso resultar contraria, como advierte la *STS 15 de octubre de 1993* (RJ 1993, 9216), “al mandato constitucional de dar trámite al proceso sin dilaciones indebidas” (habida cuenta de la “autoridad de cosa interpretada”, en expresión de la *STS 3 de noviembre de 1993* (RJ 1993, 8847), de las sentencias del TJCE en el marco del artículo 234 TCE)».

¹⁷ STJCE *FRANCOVICH Y BONIFACI*, de 19 de noviembre de 1991, C-6 y 9/90.

que «sólo si estas condiciones se reúnen puede abstenerse el órgano jurisdiccional [de última instancia] de someter la cuestión al Tribunal de Justicia y resolver bajo su propia responsabilidad»¹⁸. Estas matizaciones y ulteriores puntualizaciones que realiza la STJCE *Cilfit* están todas ellas dirigidas a que el descarte de la obligación de plantear la cuestión prejudicial se realice sobre bases objetivas, más allá de la convicción subjetiva del juez nacional acerca de una determinada interpretación del Derecho comunitario¹⁹.

Teniendo en cuenta lo hasta aquí señalado, es posible deducir que la negativa a plantear una cuestión prejudicial ante el TJCE no tiene por qué generar *per se* una vulneración del contenido del art. 24 CE. Esa decisión puede ser jurídicamente correcta, tanto desde el punto de vista comunitario (por darse los requisitos o circunstancias de la «doctrina del acto claro» o de la «doctrina del acto aclarado») como desde el punto de vista constitucional interno. Pero es posible, igualmente, que aquella negativa pueda implicar la vulneración del artículo 24 CE: (1) ya sea porque, siendo de obligatorio planteamiento la cuestión prejudicial, no se daban las circunstancias que permiten eludir su planteamiento –acto claro/acto aclarado– y ello genera o redunda en la vulneración de lo preceptuado en el artículo 24 CE (ese no planteamiento puede vulnerar, por ejemplo, el derecho a obtener una resolución fundada en derecho; el derecho al juez predeterminado por la Ley; o el derecho a un proceso con todas las garantías; etc.); (2) o ya porque, concurriendo incluso esas circunstancias, la resolución judicial en cuestión no cumple de forma adecuada o suficiente con alguna prescripción constitucional, por ejemplo, con el imperativo constitucional de la motivación.

II.3.2. *El Tribunal Constitucional ante el incumplimiento de la obligación comunitaria de plantear la cuestión prejudicial*

La mencionada posición del Tribunal Constitucional de no entrar a fiscalizar la aplicación judicial del Derecho comunitario (que se origina, de alguna forma, con la identificación entre carencia de rango e irrelevancia constitucional) viene a significar, a la postre, que la negativa de los jueces a plantear la cuestión prejudicial sólo se concibe como un problema de legalidad ordinaria²⁰. Y es aquí, precisamente, donde surge el problema, ya que esa negativa puede conllevar *a pari* (desde luego cabe como posibilidad), al menos al parecer de la mayoría de la doctrina especializada, la negativa a proteger en amparo derechos fundamentales (entre ellos, especialmente, el de los derechos recogidos en el artículo 24 CE) que deberían tener tal protección (artículos 53.2 y 161.1c CE). Pero, ¿sobre qué derechos y de qué manera se produciría esta supuesta desprotección?

Si se analizan las demandas de amparo constitucional que tienen su origen en la negativa del órgano judicial a plantear la (comunitariamente) corres-

¹⁸ STJCE *Srl CILFIT*, ya citada, Rec. 1982, pgs. 3415 y ss.

¹⁹ Cfr. ALONSO GARCÍA, R., *El juez español y el Derecho comunitario*, *op. cit.*, pgs. 235 y ss.

²⁰ DíEZ-PICAZO, L. M., «El Derecho comunitario en la ...», *op. cit.*, pg. 267.

pondiente cuestión prejudicial ante el TJCE (incumplimiento de una obligación comunitaria), se observará que son diversos los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE que se consideran vulnerados por la parte recurrente (ello, obviamente, no significa que no exista acuerdo al respecto sino, más bien, que aquel incumplimiento puede generar la vulneración de diversas pretensiones jurídicas atribuidas en dicho artículo 24 CE). Así, en las SSTC 111/1993 ó 274/1994 se considera que aquel no planteamiento genera una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE) y a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (artículo 24.2 CE); por su parte, la STC 180/1993, el incumplimiento de la obligación del 234 TCE implicará –según la parte actora– la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva; o en la STC 201/1996: la vulneración lo sería del derecho al juez predeterminado por la Ley (artículo 24.2 CE)²¹.

Llegados aquí, es curioso observar que la negativa del TC a conceder el amparo en todos estos casos, aunque sean casos no idénticos o caracterizados por contener diferentes alegaciones, contiene, sin embargo, dos elementos argumentativos decisivos que se repiten siempre (implícita o explícitamente, de forma más o menos desarrollada). A saber, como argumento o presupuesto previo: la idea de que el Derecho comunitario carece de rango constitucional y relevancia y, en derivada, la ya señalada «autoinhibición» del TC a fiscalizar la aplicación judicial del Derecho comunitario. Y como argumento decisorio: la afirmación de que «... el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde en *forma exclusiva e irrevisable* al órgano judicial y no impide la defensa del derecho fundamental de las partes ante el Tribunal Constitucional, ya que éstas disponen a tal fin del recurso de amparo»²², una posibilidad de recurrir en amparo que, a la vista de la jurisprudencia constitucional existente, se constriñe a la eventualidad de que la decisión al respecto que adopte el órgano judicial en cuestión sea arbitraria o manifiestamente irrazonable, o fruto de un error patente²³. En consecuencia, y debido a que la manera de controlar esas deficiencias se circunscribe en gran modo al control de la motivación –exigencia con la que debe cumplir cualquier resolución judicial–, la posibilidad de recibir el referido amparo se desliza claramente hacia el terreno del control de la motivación de las decisiones judiciales en cuestión. En otras palabras, lo que podría dar lugar a la estimación del amparo por el no planteamiento de la correspondiente cues-

²¹ Para un análisis doctrinal de los derechos que pueden verse implicados recuérdese el trabajo de ALONSO GARCÍA, R. y BAÑO LEÓN, J. M., «El recurso de amparo frente a la negativa a plantear...», *op. cit.*, pgs. 209 y ss.

²² Por ejemplo: STC 113/1993, de 25 de marzo. Énfasis añadido. Los calificativos y, de alguna manera, la argumentación se repetirán en la propia STC 58/2004 (F. 10^o).

²³ SSTC 180/1993, de 31 de mayo; o 201/1996 y 203/1996, de 9 de diciembre. Para un análisis detenido de la problemática de la cuestión prejudicial comunitaria en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y, por ello, de toda esta jurisprudencia constitucional: ALONSO GARCÍA, R., *El juez español y el Derecho comunitario*, *op. cit.*, pgs. 282 y ss.; FRAILE, M., «Negativa del Juez nacional a plantear ...», *op. cit.*, pgs. 449 y ss.

tión prejudicial sería: o bien que esa decisión inaplicatoria fuera arbitraria o manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente, o bien la falta de motivación sobre el propio hecho de no plantear la prejudicial²⁴.

Habiendo señalado ya, con antelación, los extremos del argumento o presupuesto previo, en lo que sigue, y con la idea de poder comentar mejor en el futuro diversos extremos de la STC 58/2004, conviene, ahora, apuntar igualmente dos cosas sobre el otro argumento. En primer lugar, que el control de la motivación que realiza el TC en todos estos casos es prácticamente un control que se reduce (todo lo más) a un control de la motivación en sentido formal, sin entrar en si hay una ausencia material o sustantiva de motivación²⁵. Y en segundo lugar, y como lógica (y deficiente) consecuencia derivada de sostener la posición anterior, la inexistencia en el *bagage* de la jurisprudencia constitucional al respecto, de un criterio de enjuiciamiento que permita controlar de forma objetiva (criterio de objetivación) la existencia o no en el caso de una «duda» suficiente como para que exista una obligación judicial de plantear una cuestión prejudicial (cuyo incumplimiento podría generar una vulneración de un derecho fundamental susceptible de protección en amparo). Aunque ello implique adelantar en parte alguna de las conclusiones de este trabajo, es posible atisbar que la cuestión clave en este asunto reside en que la solución de ambas carencias exige o pasa por «entrar» a conocer el Derecho comunitario. Y ello, a su vez, cuando del Tribunal Constitucional se trata, implica otorgar o constatar cierta relevancia constitucional a ese Derecho.

El problema que genera o puede generar esta relación de desencuentro entre el TC y el control en amparo de la vulneración de derechos funda-

²⁴ Lo cual, como constata ALONSO GARCÍA, R. (*ibidem*, pg. 287), es posible que suceda a la vista de la exigencia que, en relación con la cuestión de inconstitucionalidad, establece el TC (STC 35/2002, de 11 de febrero) respecto a la necesidad de que se exteriorice de «manera suficiente y adecuada, el razonamiento que, desde la perspectiva tanto fáctica como jurídica, ha llevado al órgano judicial a la decisión de plantear o no dicha cuestión de inconstitucionalidad pues no cabe olvidar que la exigencia de motivación de las Sentencias tiene rango constitucional (artículo 120 CE)».

²⁵ A estos efectos es importante señalar que la «falta de motivación» puede ser de tipo formal o material. La falta o ausencia «formal» sucede en los casos de inexistencia u omisión (total o parcial) de la motivación. Pero también puede existir una falta de motivación de tipo sustancial o material. Ésta se produce cuando existe un texto dirigido a motivar una decisión, pero el mismo no recoge en realidad una argumentación o justificación jurídica de la decisión, esto es, no recoge una justificación que esté basada en Derecho, sino simplemente una exposición de cómo se ha llegado a la decisión. Ahora bien, jurídicamente hablando, «motivar una decisión» no es explicar o describir el proceso o *iter* mental por el que se llega a una decisión, sino expresar que esa decisión es acorde o está fundada en Derecho. Esta ausencia de justificación o fundamentación «jurídica» es, en realidad, el supuesto más común de falta de motivación. Sobre el tema de la justificación jurídica y/o la motivación de las decisiones judiciales *vid.*, por ejemplo: IGARTUA SALAVERRÍA, J., *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, CEPC, Madrid, 2003 (donde recoge, entre otras cuestiones interesantes, un cuadro de «patologías» en materia de motivación; pgs. 202 y ss.); ITURRALDE SESMA, V., *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

mentales que traigan causa del no planteamiento de la (comunitariamente correspondiente) cuestión prejudicial ante el TJCE es un problema que presenta, como mínimo, una doble faz. Por una parte, permite concebir la posibilidad (no cabe negar que existe la posibilidad, otra cosa es que se discuta el hecho de si se ha concretado o no ya en la práctica) de que existan vulneraciones de derechos fundamentales atribuidos en el artículo 24 CE (y/o, indirectamente, de otros derechos fundamentales) que no sean corregidas en amparo, pese a poder serlo. Un problema, además, que puede ir *in crescendo*, dada la naturaleza o *vis* expansiva que presenta el Derecho comunitario (incluso en materia de derechos constitucionales o derechos fundamentales «nacionales»). Y por otra parte, ese desencuentro va directamente, aunque sea en mayor o menor medida, en detrimento de toda la filosofía y finalidad –ya anteriormente aludida– que tiene la figura del artículo 234 TCE. No se trata sólo de que puedan quedar constitucionalmente inermes o sin la correspondiente cobertura tuitiva determinados derechos constitucionales. Se trata, además, de que se debilita, valga aquí la redundancia, el carácter «comunitario» del Derecho comunitario, ya que el no control del correcto planteamiento de la cuestión prejudicial (ni siquiera en los casos en que debiera tener relevancia constitucional por afectar a derechos constitucionales susceptibles de protección en amparo) puede también, en su medida, incidir en una (contracomunitariamente) distinta o diferente aplicación del Derecho comunitario. «Parece» obvio, en este sentido, que no le compete al Tribunal Constitucional convertirse en guardián del (comunitariamente) correcto funcionamiento del Derecho comunitario en España; pero, cabe cuestionarse igualmente hasta qué punto no le corresponde hacerlo con otro «título», esto es, en la medida en que la tutela de esa corrección coincida, a su vez, con la (constitucionalmente) adecuada protección de los derechos fundamentales.

III. LA NOVEDAD: LA SENTENCIA 58/2004 ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PLANTEAR LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

III.1. Planteamiento

El planteamiento que seguiremos para realizar el análisis es bien sencillo. En primer lugar, realizaremos una «descripción» del contenido de la Sentencia 58/04, de sus antecedentes, fundamentos y fallo (apartado III.2). Y con posterioridad, la «valoración» de los aspectos más significativos de la misma (apartado III.3), tomando como puntos axiológicos de referencia y comparación los razonamientos y directrices de la jurisprudencia constitucional y de la doctrina especializada preexistentes al respecto. En cualquier caso, vaya por delante que tanto aquella descripción como esta valoración de la Sentencia se realizarán sólo desde una concreta perspectiva de análisis y en la medida que tengan que ver con ella: el incumplimiento de la obligación comunitariamente establecida (234 TCE) de plantear, cuando corresponda, la cuestión prejudicial.

III.2. La descripción del contenido de la Sentencia

III.2.1. *Los antecedentes*

La Sentencia del Tribunal Constitucional 58/2004, pronunciada por la Sala Segunda²⁶ el 19 de abril, estima un recurso de amparo (número 4979/1999) promovido por la Generalidad de Cataluña frente a la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de octubre de 1999, que estima en parte el recurso contencioso-administrativo número 1294/1995 interpuesto por Don M. M. C. (en su calidad de titular de una empresa operadora de máquinas recreativas tipo «B») contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña (de fecha 14 de junio de 1995) sobre autoliquidaciones en concepto de tasa fiscal sobre el juego y recargo autonómico.

La demanda de amparo se ciñó a dos pronunciamientos que contenía la Sentencia (del TJCE de Cataluña) impugnada, los contenidos en sus apartados 1.a) y 1.c), los cuales, tras haberse anulado la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo en cuestión, ordenaban, respectivamente, la devolución de las «las cuotas establecidas en el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre Medidas en materia Presupuestaria, Financiera y Tributaria por explotación de máquinas recreativas tipo “B” y “C”, que establece una nueva cuantía de la tasa fiscal sobre el juego (el llamado gravamen complementario)», y la devolución de «la totalidad del recargo autonómico creado por la Ley del Parlamento de Cataluña 2/1987, de 5 de enero», refiriéndose ambos pronunciamientos al ejercicio 1995²⁷.

Para la parte recurrente, el error del apartado 1.a) del fallo de la Sentencia impugnada residiría en que anula las cuotas de las máquinas tragaperras correspondientes al ejercicio 1995 sobre la base de la inconstitucionalidad (declarada por STC 173/1996, de 31 de octubre) del gravamen complementario establecido por el art. 38.2.2 de la mencionada Ley 5/1990 pese a tratarse éste de un gravamen creado exclusivamente para el ejercicio 1990.

²⁶ Ponente el Magistrado D. Pablo CACHÓN VILLAR. No hay votos particulares.

²⁷ Según estima la Sentencia recurrida en amparo, el pronunciamiento contenido en el apartado 1.a) se fundamenta en el hecho de haberse incorporado a la tasa fiscal sobre el juego un incremento, el gravamen complementario previsto por el artículo 38.2.2 de la Ley (estatal) 5/1990, el cual –según el TSJ de Cataluña– había sido declarado inconstitucional por la STC 173/1996, de 31 de octubre. Por su parte, el pronunciamiento contenido en el apartado 1.c) tendría su razón de ser en que –insisto, también según consideración de la Sentencia recurrida– la base sobre la que se aplica el recargo autonómico, esto es, la propia tasa fiscal sobre el juego, es contraria al artículo 33 de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977. Y ello porque el Tribunal entiende que se dan los requisitos para apreciar la contradicción entre el Derecho interno y el Derecho comunitario conforme a la doctrina sentada al respecto por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de junio de 1997 –en cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia Nacional– (asuntos acumulados C-370/95, C-371/95 y C-372/95).

En otras palabras, la incorrección derivaría de extender el efecto invalidatorio de la STC 173/1996 a un precepto válido y vigente, ya que la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña declara, por su propia autoridad y sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, la inaplicación parcial del aumento de cuotas fijas establecido para los ejercicios 1991 y siguientes por el artículo 38.2.1 de la Ley 5/1990, en virtud de la inconstitucionalidad del artículo 38.2.2 de la misma Ley.

Los datos objetivos concernientes a la problemática derivada del pronunciamiento 1.a) son, según los constata la perspectiva de la STC que comentamos ahora, los siguientes: el artículo 38 de la Ley 5/1990 estableció, por lo que ahora interesa, dos cosas. Por una parte, dio nueva redacción al art. 3.4 del Real Decreto-Ley 16/1977, modificando –en el número 1 de su apartado 2 (art. 38.2.1)– la cuota fija anual (que aquel Real Decreto Ley estipulaba –tras ser actualizado por el Real Decreto Ley 7/1989– en 141.750 pesetas por máquina o aparato automático) hasta elevarla a la suma de 375.000 pesetas por máquina (surtiendo efectos a partir del día 30 de junio de 1990). Por otra parte, en el número 2 de su apartado 2 (art. 38.2) estableció exclusivamente para el ejercicio 1990 un gravamen complementario a la tasa fiscal (cuya cuantía quedaba fijada en la diferencia entre la cuota fija correspondiente al ejercicio anterior –las 141.750 pesetas establecidas por el Real Decreto Ley 7/1989– y la nueva cuota fija establecida en la Ley 5/1990 –esto es, las 375.000 pesetas previstas en el artículo 38.2.1)–. Este gravamen complementario estipulado por el art. 38.2.2 fue declarado inconstitucional y nulo por la STC 173/1996 de 31 de octubre. Sin embargo, como señala el Tribunal Constitucional en esta STC 58/2004, «la cuantía de la tasa fiscal establecida en el número 1 del mismo artículo 38.2 de la Ley 5/1990, tanto en su redacción anterior a la modificación operada por esta Ley (que estaba en 141.750 pesetas) como en su redacción posterior (que se elevó a 375.000 pesetas), no ha sido cuestionada ante este Tribunal hasta la fecha ni, por lo tanto, ha sido declarada inconstitucional ni nula» (F. 6º).

Por lo que se refiere al apartado 1.c) del fallo, el error según la perspectiva de la parte procesal demandante reside, dicho de forma simplificada, en que inaplica tanto una Ley estatal (la reguladora de la tasa fiscal sobre el juego) como una Ley autonómica (la que establece el recargo autonómico) sobre la base de la incompatibilidad de la primera con el artículo 33 de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977 (sexta Directiva en materia de armonización de legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios), al entender que tiene los rasgos caracterizadores de un impuesto sobre el valor añadido o sobre el volumen del negocio.

Los datos u hechos objetivos, y también aquí especialmente significativos, que es necesario tomar en consideración con relación a la problemática derivada del pronunciamiento 1.c) son, según son destacados por la perspectiva de la STC 58/2004 (véase F. 5º), los siguientes: que la supuesta o posible contradicción existente entre la normativa de la tasa fiscal sobre el

juego con la legalidad comunitaria ya había sido analizada por los Tribunales, y en especial por el Tribunal Supremo, con fundamento en la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, expresada en la Sentencia de 26 de junio de 1997 (citada por la Sentencia impugnada en amparo) que venía a dar respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia Nacional (C-370/1995, C-371/1995 y C-372/1995) con relación, precisamente, a la compatibilidad entre la tasa fiscal sobre el juego y el artículo 33 de la Directiva 77/388/CEE del Consejo. Más concretamente, así lo había hecho el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 28 de diciembre de 1998 y 17 de mayo de 2000, dictadas en sendos recursos de casación (números 5477/1993 y 840/1994, respectivamente), concluyendo, por ejemplo en la primera de estas Sentencias, que la tasa sobre el juego «no es incompatible con lo dispuesto en el citado artículo 33 de la Sexta Directiva porque, por sus características... no se dan en la Tasa o impuesto sobre el Juego los requisitos indicados en la citada Sentencia del TJCEE para poder reputar que se está ante la presencia de un impuesto sobre el volumen de negocios, de una manera comparable o equiparable al IVA» (F. 5)²⁸. Y –tal y como sigue constatando el TC en el F. 12º– en el mismo sentido se habían pronunciado también, con anterioridad a la fecha de la resolución impugnada en amparo, diversas Sentencias de diversos Tribunales Superiores de Justicia²⁹.

Sobre la base de lo aquí (simplificadamente) señalado, la demandante imputará a la resolución judicial recurrida la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por no solucionar *secundum legem* o fundándose en el Derecho los problemas planteados, ya que no resuelve ateniéndose al sistema de fuentes sino que, basándose en una fundamenta-

²⁸ Y esta posición es la que sigue manteniendo también dicho Tribunal en Sentencias posteriores como las de 25 de noviembre de 2000 y 29 de septiembre de 2001 (números 817-2000 y 671-2000, respectivamente; dictadas como consecuencia de otros tantos recursos de casación en interés de Ley interpuestos tanto por la Generalidad de Cataluña como por la Administración general del Estado contra, precisamente, la citada Sentencia de 5 de octubre de 1999, dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña). La doctrina legal del Tribunal Supremo vuelve a aparecer perfectamente fijada en la mencionada Sentencia de 25 de noviembre de 2000, donde señala que «La Tasa Fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar, establecida por el Real Decreto-Ley 16/1977, de 25 de febrero, en cuanto a las máquinas tipo –B– o recreativas con premio, no es un impuesto sobre el volumen de negocios, y en consecuencia, no contraviene el art. 33 de la Sexta Directiva del I.V.A. 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, concerniente a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros, relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios».

²⁹ Léase: las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 8 de marzo de 1999 (dos), del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 9 de noviembre de 1993 y del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 13 de marzo de 1996 y 8 de abril de 1998. Y en el mismo sentido, aunque, en este caso con posterioridad a la Sentencia recurrida en amparo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de enero de 2000, y las de los Tribunales Superiores de Justicia de: Andalucía (Granada), de 3 y 24 de enero de 2000; Castilla-La Mancha (Burgos), de 14 de marzo y 22 de junio de 2000; Comunidad Valenciana, de 3 de julio de 2000; y Murcia de 1 de marzo de 2000.

ción incongruente, errónea, arbitraria e irrazonable, inaplicando dos Leyes postconstitucionales vigentes. El propio Tribunal Constitucional, haciendo uso de la facultad concedida por el art. 84 LOTC, «extendió explícitamente el objeto del presente recurso de amparo a la posible vulneración tanto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva –esta vez en cuanto pudiera atribuirse a un exceso de jurisdicción– como del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, reconocido por el artículo 24.2 CE» (F. 3º)³⁰. El Ministerio Fiscal estimará procedente el otorgamiento del amparo al entender también, y desde idénticos razonamientos, que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de la Administración recurrente. Y el Abogado del Estado hará lo propio, solicitando la estimación del amparo por entender (desde similares argumentos que los anteriores) que se ha vulnerado el derecho del recurrente en amparo a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE). Veamos cuál fue el pronunciamiento y sobre qué fundamentación jurídica.

III.2.2. Descripción de la fundamentación jurídica

Tal y como hemos señalado al comienzo de este comentario jurisprudencial, el Tribunal Constitucional otorgará el amparo, y lo hará por constatar que existe una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (24.2 CE), derechos fundamentales que pertenecen también a los entes públicos (entre ellos a la Generalidad de Cataluña). Se trata de una vulneración que –según señala el TC–, surge como consecuencia de que la mencionada Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña inaplica de forma contraria a Derecho (nacional y comunitario) dos Leyes postconstitucionales vigentes (art. 38.2.1 de la Ley estatal 5/1990, que establece la Cuota fija de la tasa fiscal sobre el juego y una Ley autonómica vigente, la 2/1987, que establece un recargo tributario)³¹.

De lo que se trata ahora es de reflejar cuáles son los fundamentos jurídicos que conducen al Tribunal Constitucional a tal pronunciamiento. Para ello, volveremos a echar mano, a los efectos de una mayor claridad expositiva, de la distinción entre los pronunciamientos 1.a) y 1.c) de la Sentencia recu-

³⁰ Con carácter previo al análisis de la cuestión de fondo el TC constatará que la parte recurrente en amparo (Generalidad de Cataluña), «en cuanto es una Administración pública que impetra el auxilio de este Tribunal en defensa de un acto dictado en el ejercicio de sus potestades administrativas, carece del derecho a la tutela judicial efectiva en toda su extensión, conforme a nuestra doctrina, al poseer únicamente las facultades inherentes a la condición de parte en el proceso previstas en el art. 24 CE (SSTC 41/1997, de 10 de marzo F. 5; 237/2000, de 16 de octubre, F. 2; 175/2001, de 26 de julio, F. 8; 56/2002, de 11 de marzo, F. 3; y 173/2002, de 9 de octubre, F. 4)» (F. 5º).

³¹ El TC emitirá un fallo otorgando el amparo solicitado por la Generalidad de Cataluña y en su virtud, declarando la vulneración de mencionados derechos, anulando la resolución judicial recurrida, y mandando la retroacción de las actuaciones al momento procesal inmediatamente anterior a la referida Sentencia del TSJ de Cataluña para que se dicte una nueva Sentencia en la que se respeten los derechos fundamentales vulnerados.

rrida, utilizando esta distinción como criterio para ordenar la descripción simplificada de los fundamentos jurídicos utilizados por el Alto Tribunal.

III.2.2.1. Los fundamentos jurídicos del amparo frente al pronunciamiento 1.a) de la Sentencia recurrida

Tal y como ya se ha adelantado, el TC considerará que el pronunciamiento recogido en apartado 1.a) de la Sentencia recurrida [que establecía –refiriéndose al ejercicio 1995– la devolución de «las cuotas establecidas en el art. 38.dos.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre Medidas en materia Presupuestaria, Financiera y Tributaria por explotación de máquinas recreativas tipo «B» o «C» (el llamado gravamen complementario) genera una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (24.1 CE)].

La Sentencia STC 58/2004 que ahora comentamos parte, a estos efectos, de la constatación de que ni la cuantía de la tasa fiscal sobre el juego que fija el artículo 38.2.1 de la Ley 5/1990 ni el incremento sobre la misma que fija también dicho artículo han sido declarados inconstitucionales por el TC, y que, no obstante ello, el órgano judicial en cuestión ha extendido los efectos de la declaración de inconstitucionalidad hecha –por la ya recordada STC 173/1996, de 31 de octubre– para la figura tributaria del «gravamen complementario» (del artículo 38.2.2 de la misma Ley) a la figura de la mencionada tasa fiscal del juego. Ello supone que el mencionado órgano judicial «se está arrogando una competencia que no le corresponde, incurriendo (...) en un exceso de jurisdicción» (F. 7^º). En efecto, y tras recordar una línea jurisprudencial claramente asentada sobre legitimidad constitucional para la fiscalización de las normas postconstitucionales³², el Alto Tribunal concluirá que la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña «ha preterido el sistema de fuentes existente relativo al control de normas, tanto por no haber planteado (...) la cuestión de inconstitucionalidad prevista en el artículo 163 CE, única vía que le asistía para dejar inaplicada la norma con rango legal aplicable al supuesto de autos, como por haber desconocido la eficacia de una normal plenamente vigente, lo que ha producido la vulneración de una de las garantías que integran el contenido del proceso debido, amén de haber colocado a la recurrente en amparo en una situación de indefensión insalvable, pues (...) ni tuvo la oportunidad u ocasión de prever tal preterición, dado el sometido-

³² «...como dijimos en la STC 173/2002, de 9 de octubre “los órganos jurisdiccionales no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley (STC 73/2000, de 14 de marzo, F. 16) dado que el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución (STC 17/1981, de 1 de junio, F. 1). La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia *erga omnes*, la inconstitucionalidad de las leyes, tanto más cuanto en un sistema democrático la ley es expresión de la voluntad popular (...) y es principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy vigente en España (por todas, SSTC 73/2000, de 14 de marzo, F. 4; 104/2000, de 13 de abril, F. 8; y 120/2000, de 10 de mayo, F. 3)”» (F. 8^º).

miento judicial al imperio de la Ley, ni pudo hacer uso del trámite de alegaciones previsto en el art. 35 LOTC» (F. 8º).

III.2.2.2. Los fundamentos jurídicos del amparo frente al pronunciamiento 1.c) de la Sentencia recurrida

Por lo que se refiere a la vulneración que genera el pronunciamiento 1.c) de la resolución judicial recurrida [que establecía –refiriéndose también al ejercicio 1995– la devolución de «la totalidad del recargo autonómico creado por la Ley del Parlamento de Cataluña 2/1987» (equivalente al 20% de la cuota de la tasa fiscal sobre el juego) por razón de la supuesta incompatibilidad de la tasa fiscal que le sirve de base con el Derecho comunitario] la Sala Segunda del TC apreciará «la lesión del derecho de la Administración demandante de amparo a un proceso con todas las garantías. Y ello porque [...], la decisión de inaplicar el Derecho interno (la Ley 5/1990) por supuesta incompatibilidad con el Derecho comunitario (el art. 33 de la sexta Directiva) sin haber planteado previamente la cuestión prejudicial prevista en el artículo 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE, antiguo art. 177 TCEEE), adoptada por un órgano judicial cuya resolución no es susceptible de ulterior recurso ordinario, en un asunto donde el propio órgano judicial viene a separarse de toda la doctrina judicial interna recaída sobre la materia –formada sobre la base del criterio sustentado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en diversas Sentencias–, supone desconocer las garantías que integran el contenido del proceso debido [...]».

Tras recordar –en el F. 9º– el contenido y los extremos de la cuestión prejudicial recogida en el artículo 234 (ex 177) TCE, y de hacerlo de una forma ortodoxamente atinente a la interpretación que al respecto hace el propio TJCE (doctrinas del «acto aclarado» y del «acto claro»)³³, el TC establece en los siguientes cinco últimos Fundamentos Jurídicos el *iter* o tracto argumentativo que le conduce a considerar vulnerado el mencionado derecho fundamental del artículo 24.2 CE. Podemos expresar este tracto en la forma que sigue: (a) el Derecho comunitario no tiene rango constitucional, (b) pero si su inaplicación judicial genera la vulneración de un derecho fundamental (susceptible de protección en amparo), el TC podrá entrar a revisarla (c) y ello es precisamente lo que ocurre en este caso cuando la resolución judicial recurrida inaplica normativa legal interna por considerarla contraria a Derecho comunitario sin plantear una cuestión prejudicial al respecto, ya que, dada la preexistencia de una clara Jurisprudencia comunitaria y nacional que afirmaba la comunitariedad de esa normativa, dicha prejudicial resultaba objetivamente considerable como de obligado planteamiento. Veamos un poco más detenidamente la argumentación.

(a) El Derecho comunitario carece de rango constitucional...

Resumiendo y confirmando la previa posición propia respecto al Derecho comunitario, el TC recuerda en esta Sentencia que «en principio “la tarea

³³ Véase, al respecto, *supra* epígrafe II de este comentario.

de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es... una cuestión de carácter infraconstitucional y por lo mismo excluida tanto del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales” (STC 28/1991, de 14 de febrero, F. 4) porque, “a semejanza de lo que acontece en las cuestiones de inconstitucionalidad (SSTC 17/1991, 133/1987, 119/1991 y 111/1993) la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial³⁴ corresponde, de forma exclusiva e irreversible, al órgano judicial que resuelve el litigio” (SSTC 180/1993, de 31 de mayo, F. 2; 201/1996, de 9 de diciembre, F. 2; y 203/1996, de 9 de diciembre, F. 2). Por este motivo hemos afirmado que, “sin perjuicio de que el 177 TCEE, alegado por el recurrente, pertenece al ámbito del Derecho comunitario y no constituye por sí mismo canon de constitucionalidad (SSTC 28/1991, 64/1991), ninguna vulneración existe de los derechos garantizados por el art. 24.1 CE cuando el Juez o Tribunal estima que no alberga dudas sobre la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho comunitario o sobre su aplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio y decide por ello no plantear la consulta que se le solicita” (STC 201/1996, de 9 de diciembre, F. 2; y en el mismo sentido SSTC 111/1993, de 25 de marzo, F. 2; 203/1996, de 9 de diciembre, F. 2; y ATC 296/1993, de 4 de octubre, F. 2)» (F. 10º).

En consecuencia, el Alto Tribunal establecerá que la «decisión de no plantear una cuestión prejudicial al amparo del art. 234 TCE –al igual que ocurre con la decisión de no plantear cuestión de inconstitucionalidad al abrigo del art. 163 CE– no implica *per se* la lesión de las garantías previstas en el art. 24 CE, ni de quien pretendía dicho planteamiento y no obtuvo satisfacción a su pretensión, ni de quien, sin haberlo solicitado, pueda verse perjudicado por su no planteamiento» (F. 10º).

(b) ... pero si su inaplicación judicial implica *a pari* la vulneración de un derecho fundamental, el TC podrá revisarla...

La conclusión del párrafo precedente, como rápidamente se encarga de aclarar el Alto Tribunal (en el mismo F. 10º) «no es óbice para que, en determinados supuestos, esa falta de planteamiento pueda llevar aparejada irremediadamente la lesión del citado derecho fundamental, como así ha ocurrido en el presente caso y ahora razonaremos». En efecto, una vez de recordar (otra vez) que no cabe formular recurso de amparo frente a normas o actos de las instituciones de la Comunidad (carencia de rango constitucional del Derecho comunitario), la Sala Segunda del TC recuerda que ello «... no inhabilita a este Tribunal, sin embargo, *para revisar la valoración judicial de la posible contradicción entre el Derecho comunitario y el interno cuando la misma haya implicado la lesión de alguno «de lo derechos fundamentales y libertades públicas enunciadas en los arts. 14 a 30 CE [arts. 53.2 y 161.1.b)*

³⁴ En el futuro, y con el objeto de ir preparando posteriores consideraciones, me tomaré la libertad de poner en cursiva cada –a mi juicio– significativa vez que el Tribunal haga una referencia a esta similitud entre la cuestión de inconstitucionalidad *ex* 163 CE y la cuestión prejudicial *ex* 234 TCE o se sirva de ella para desarrollar su argumentación.

CE y título III LOTC]» [STC 64/1991, de 22 de marzo, F. 4 a)]. Ello porque “en la medida que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de los dispuesto en el art. 10.2 de la Constitución” [STC 64/1991, de 22 de marzo, F. 4 a)]» (F. 11º; énfasis añadido).

- (c) Y eso es, precisamente, lo que ocurre en este caso... cuando la resolución judicial recurrida inaplica normativa legal interna por considerarla contraria a Derecho comunitario sin plantear una cuestión prejudicial al respecto, ya que, dada la preexistencia de una clara Jurisprudencia comunitaria y nacional que afirmaba la comunitariedad de esa normativa, dicha prejudicial resultaba objetivamente considerable de obligado planteamiento. Todo ello conllevará, como observaremos a continuación, a la vulneración del derecho fundamental a un proceso debido y con todas las garantías que será susceptible de amparo.

Tal y como hemos podido describir en el apartado relativo a la descripción de los antecedentes (epígrafe III.2.1), los diferentes órganos judiciales españoles (Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional y diferentes Tribunales Superiores de Justicia) habían apreciado y declarado, ya con anterioridad (como también con posterioridad) a la fecha de la Sentencia ahora recurrida en amparo, la compatibilidad entre la tasa fiscal del juego (art. 38.2.1 Ley 5/1990) y el también mencionado art. 33 de la sexta Directiva. De forma contraria la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña entendió, sin embargo, que se daban todos los presupuestos que determinaban la incompatibilidad de la mencionada tasa con la Directiva comunitaria. Y esa actitud judicial de apreciar, de forma aislada y ajena al resto de la doctrina judicial recaída en la materia, la contradicción entre el Derecho interno y el comunitario, supone para el Tribunal Constitucional estar introduciendo de entrada «una duda en la aplicación del Derecho comunitario donde hasta ese momento no existía. En consecuencia, el órgano judicial –aun cuando expresara su ausencia de toda duda respecto de la incompatibilidad entre la norma nacional y la norma comunitaria– dado que precisamente venía a asumir una contradicción donde ningún otro órgano judicial la había apreciado, debía haber planteado, conforme a la doctrina del propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la cuestión prejudicial prevista en el art. 234 del Tratado de la Comunidad Europea para someter a la consideración del Tribunal de Luxemburgo las causas o motivos por los que, a su juicio, y fuera de los criterios interpretativos ya sentados previamente, podía ser incompatible un Derecho con el otro (SSTJCE de 24 de junio de 1969, asuntos *Milch, Fett und Eierkontor*, 26/68; y de 11 de junio de 1987, asunto *PreTORI di Salò*, 14/1986)» (F. 13º). Y es que, continúa el Tribunal de forma muy significativa en el mismo FJ, «debe te-

nerse en cuenta, al efecto, que la existencia o inexistencia de una duda –a los efectos ahora considerados– no puede entenderse en términos de convicción subjetiva del juzgador sobre una determinada interpretación del Derecho comunitario (una apreciación subjetiva) sino como inexistencia objetiva, clara y terminante, de duda en su aplicación. No se trata, pues, de que no haya dudas razonables sino, simplemente, de que no haya duda alguna. Por ello el criterio expuesto por el Tribunal Supremo, unido al de los restantes órganos judiciales que se pronunciaban de forma concurrente en contra de la incompatibilidad, debía sembrar (sobre quien podía entender lo contrario) la duda suficiente en la materia como para generar la obligación de, antes de inaplicar el derecho interno por su supuesta contradicción, plantear la cuestión prejudicial prevista en el art. 234 TCE».

Con lo dicho queda claro para el TC que el TSJ de Cataluña inaplicó dos normas vigentes –el art. 38.2.1 de la Ley estatal 5/1990, de 29 de junio, y la Ley del Parlamento de Cataluña 2/1987, de 5 de enero–, «de un lado, por una supuesta inconstitucionalidad del mencionado precepto de la Ley estatal y, de otro lado, por una pretendida contradicción de esta Ley estatal con el Derecho comunitario, lo que invalida la aplicación del recargo previsto por la Ley autonómica». En consecuencia, afirmará el Alto Tribunal, se vuelve a producir otra vez un «exceso de jurisdicción», ya que «si la Ley postconstitucional es contraria a la Constitución sólo mediante el planteamiento de una *cuestión de inconstitucionalidad del art. 163 CE* puede dejar de ser aplicada. Y si la Ley postconstitucional es contradictoria con el Derecho comunitario sólo puede ser inaplicada, dadas las circunstancias concurrentes en el presente caso, mediante el planteamiento de la *cuestión prejudicial del art. 234 TCE*. Mas en el caso que nos ocupa se han inaplicado las Leyes citadas [...], sin que mediase planteamiento alguno, ni de *cuestión de inconstitucionalidad ni de cuestión prejudicial* ». De ello se deduce, continúa el TC recordando lo establecido en la STC 173/2002, que la Sentencia recurrida «ha preterido nuevamente el sistema de fuentes existente relativo al control de normas, tanto por negarse a aplicar los *arts. 163 CE y 234 TCE*, como por desconocer la eficacia de unas normas legales plenamente vigentes. Por ello ha violado una de las garantías que integran el contenido del proceso debido, colocando además a la recurrente en amparo en una situación de indefensión (F. 10)» (F. 14^º)³⁵.

³⁵ Abundando en la idea, y trayendo a colación por enésima vez la similitud entre la cuestión de inconstitucionalidad y la cuestión prejudicial, el Tribunal señala que «es indudable que cuando se trata de inaplicar una ley, el planteamiento de la *cuestión de inconstitucionalidad*, si contradice la Constitución española, o el de la *cuestión prejudicial*, si es contraria al Derecho comunitario (...), debe convertirse en una de las garantías comprendidas en el derecho al proceso debido frente a las inaplicaciones judiciales arbitrarias o insuficientemente fundadas de la ley española basadas en una pretendida inconstitucionalidad de la misma o utilizando como excusa la primacía del Derecho comunitario. En el asunto que nos ocupa era insoslayable para inaplicar la disposición de ley al caso concreto, por causa de su posible inconstitucionalidad o de su posible contradicción con el Derecho comunitario, la promoción de la correspondiente *cuestión de inconstitucionalidad o cuestión prejudicial (arts. 163 CE y 234 TCE)*, sin las cuales, las normas legales no podían ser, en manera alguna, inaplicadas o preteridas» (F. 14^º).

III.3. Algunas reflexiones valorativas sobre la Sentencia³⁶

El planteamiento o esquema que voy a seguir a la hora de realizar este epígrafe es el mismo que de una u otra forma vengo utilizando al describir el tema o la cuestión de fondo de este comentario jurisprudencial: la posición del TC ante el incumplimiento de la obligación de plantear la cuestión prejudicial establecida por el art. 234 del TCE. A saber, en primer lugar, y de forma sintética, me referiré a lo que supone esta Sentencia en relación a las directrices generales del TC respecto al Derecho comunitario (contexto general de la cuestión); en segundo lugar, y también de modo muy breve, compararemos el contenido de esta Sentencia respecto a las directrices que sigue el TC con relación al control de la aplicación judicial del Derecho comunitario (contexto concreto); y finalmente, y de forma un poco más detenida, situados en el núcleo de la cuestión, compararemos y contrastaremos la jurisprudencia precedente del TC en relación con el (no) planteamiento de la cuestión prejudicial con la posición sostenida en esta STC 58/2004, realizando algunas reflexiones valorativas al respecto.

III.3.1. *La STC 58/04 ante la relación entre el Tribunal Constitucional y el Derecho comunitario*

Nada cambian las cosas a este respecto: el TC sigue considerando que el Derecho comunitario carece de «rango constitucional» y lo hace utilizando los mismos postulados teóricos y argumentativos que empezó a utilizar a comienzos de la década de los noventa³⁷. En efecto, una vez de constatar que, conforme al artículo 96 de la CE, el Derecho comunitario (incluido el 234 TCE) forma parte del Ordenamiento interno, y que –de conformidad con el artículo 93 CE– España es Estado miembro de las Comunidades Europeas y por tanto sujeto al ordenamiento comunitario (en atención a los principios de efecto directo y primacía), el TC insistirá en ideas como: la que señala que «la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es... una cuestión de carácter infraconstitucional» (de forma idéntica a la STC 28/1991, de 14 de febrero, F. 4); o que el Derecho comunitario (en concreto el art. 234, *ex* 177 TCE) «no constituye por sí mismo canon de constitucionalidad (tal y como lo afirmó, por ejemplo, en la mencionada STC 28/1991, o en la 64/1991, de 22 de marzo); o, en fin, la no pertenencia al ámbito de la competencia del Tribunal Constitucional de «la salvaguardia del respeto de las normas de Derecho comunitario» (STC 143/1994, de 9 de mayo, F. 8)³⁸.

³⁶ Reflexiones que se ceñirán a los elementos y aspectos de la Sentencia relacionados con el tema que sirve de excusa a este comentario jurisprudencial: la estimación del amparo que trae causa del no planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJCE.

³⁷ *Vid.* al respecto las SSTC: 252/1988; 132/1989; 28/1991; 64/1991; 111/1993; 180/1993; 372/1993; 143/1994; 265/1994; 274/1994; 130/1995; 45/1996; 147/1996; 197/1996; 201/1996; 203/1996; 45/2001; o 35/2002.

³⁸ «No corresponde al TC controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario europeo (...). La tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es, pues, una cuestión de carácter infraconstitucional y por lo mismo excluida tanto del proceso de

III.3.2. *La STC 58/2004 ante la relación entre el Tribunal Constitucional y la aplicación judicial del Derecho comunitario*

Tal y como ya ha quedado apuntado con anterioridad, la historia de esta relación descansa en la doble constatación de que, por una parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional viene negando de forma clarísima la carencia de rango constitucional del Derecho comunitario, y de que, por otra, esa carencia de rango se ha identificado con la irrelevancia constitucional. Todo ello conduce al Tribunal a inhibirse no sólo de participar en la aplicación jurisdiccional del Derecho comunitario en España, sino también de entrar a conocer o controlar la aplicación judicial (jurisdicción ordinaria) de ese Derecho.

Es interesante observar, en este sentido, que la STC 58/2004 se remite a la conocida STC 64/1991 para recordar el argumento de que «en la medida que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el art. 10.2 de la Constitución» [STC 64/1991, de 22 de marzo, F. 4 a)] (F. 11º). Es decir, se sigue señalando que toda la incidencia que puede tener el Derecho comunitario a efectos del recurso de amparo la tendrá «con independencia de que sea o no respetado», esto es, como mero contexto jurídico en el que se produce una vulneración de un derecho constitucional susceptible de protección en amparo (así pues, una «relevancia», como mucho, de carácter «pasivo» o a título de «contexto»). En consecuencia, cabe observar que el TC, al menos a efectos teóricos, sigue fundamentándose en una posición doctrinal que conduce a negar la posibilidad de que se reconozca un amparo por la vulneración de un derecho fundamental que traiga causa de un incumplimiento judicial del Derecho comunitario. Sin embargo, es interesante observar que, paradójicamente, la estimación de este recurso de amparo tiene su origen, precisamente, en y por la transgresión del Derecho comunitario, en concreto, debido a que no se plantea la (comunitariamente) correspondiente cuestión prejudicial ante el TJCE.

Llegados aquí, cabe concluir, en consecuencia, que esta STC 58/2004, de 19 de abril, no ha generado ningún cambio o modificación respecto al posicionamiento *teórico* que el TC venía sosteniendo en relación con la (in)aplicación o (in)cumplimiento judicial del Derecho comunitario. Pero, no obs-

amparo como de los demás procesos constitucionales (STC 64/1991, de 22 de marzo, F. 4º). Véase al respecto, por ejemplo, el detenido e interesante repaso que hace ORTIZ VAAMONDE, S., de la ausencia de control por el TC de la conformidad con el Derecho comunitario de normas o actos internos: "El Tribunal Constitucional ante el Derecho comunitario (1)", *op. cit.*, pgs. 315 y ss. Para un análisis crítico en profundidad de la mencionada orientación jurisprudencial del TC *vid.*: ALONSO GARCÍA, R., *El Juez español y el Derecho comunitario*, *op. cit.*, pgs. 41 y ss.».

tante ello, la Sentencia implica el reconocimiento *en la práctica* de que la aplicación judicial del Derecho comunitario (y/o el Derecho comunitario a través de su aplicación judicial interna) puede tener relevancia constitucional, y que puede tenerla como consecuencia de que la vulneración provenga, «precisamente», del incumplimiento del Derecho comunitario, esto es, trayendo causa del carácter «contracomunitario» del acto vulnerador del derecho fundamental susceptible de amparo (y no al margen o con independencia de su corrección o incorrección en términos de comunitariedad, como afirmaba la mencionada STC 64/1991). Y en este sentido, esta STC 58/2004 constituye (si exceptuamos la STC 130/1995, a la que aludiremos enseguida) una interesante «novedad».

III.3.3. *La STC 58/2004 ante la relación entre el Tribunal Constitucional y la obligación comunitaria de plantear la cuestión prejudicial ante el TJCE*

III.3.3.1. Lo novedoso

La STC 58/2004 supone una novedad muy interesante en la relación entre el TC y la obligación del artículo 234 TCE. Es verdad que no es la primera vez que se concede un amparo como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental que trae causa de la no aplicación judicial del Derecho comunitario (al menos si tenemos en cuenta la STC 130/1995, de 11 de septiembre)³⁹. Pero lo es también, sin embargo, que nos encontramos ante la primera ocasión en que se otorga el amparo frente a una vulneración judicial cuyo origen mediato es el incumplimiento del artículo 234 TCE⁴⁰. Es cierto que no se concede el amparo en virtud de que no se cumple con el 234 TCE (ello equivaldría a reconocer «rango constitucional» al Derecho comunitario), pero no cabe negar tampoco que concederlo en atención a que es ese incumplimiento el que genera la vulneración del derecho fundamental susceptible de protección en amparo, es tanto como reconocer, «al menos en la práctica», que el Derecho comunitario (en este caso la obligación de plantear la cuestión prejudicial *ex* 234 TCE) puede tener relevancia constitucional. Y junto con todo ello, por todo ello, hay que señalar también

³⁹ Que recoge el otro supuesto que rompe también con la línea jurisprudencial de negar (al menos en la práctica) la relevancia constitucional de la aplicación del Derecho comunitario, en este caso trayendo causa de una vulneración del derecho fundamental a la igualdad (la no aplicación del Derecho comunitario vigente en materia de prestaciones por desempleo suponía la discriminación del recurrente). Al respecto, por ejemplo, JUANES PECES, A., «El Tribunal Constitucional y el Derecho comunitario», *Comunidad Europea Aranzadi*, septiembre de 1996, pgs. 33 y ss.; SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, CGPJ, Madrid, 1999, pgs. 194-195.

⁴⁰ Siempre cabe preguntarse, en este sentido, si no nos encontrábamos ante una novedad o cambio jurisprudencial lo suficientemente significativo como para que la Sala hubiera considerado de oportuna aplicación el artículo 13 LOTC: «Cuando una Sala considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal, la cuestión se someterá a la decisión del Pleno» (véanse, en este sentido, la STC 37/1995, de 7 de febrero –nueva doctrina sobre el recurso de casación– o la STC 158/1997, de 2 de octubre).

que con esta Sentencia 58/2004, el Tribunal Constitucional ha integrado en el contenido constitucionalmente declarado del derecho a un proceso con todas las garantías (24.2 CE) –y por tanto susceptible de protección en amparo– la obligación de plantear, de acuerdo con el artículo 234 TCE, la cuestión prejudicial ante el TJCE.

Es interesante señalar, además, que esa novedad a la que acabamos de hacer referencia es posible gracias a que el TC ha realizado, al menos, otras dos innovaciones (concatenadas) en la materia. En primer lugar, ha entrado de forma clara y tajante a realizar un control global de la ausencia/presencia de motivación judicial en esta materia, un control tanto al nivel formal como sustancial. En otras palabras, no se ha conformado con controlar si existe o no una motivación formal o aparente, sino que ha entrado expresamente a controlar también el hecho de si la decisión judicial de no plantear la cuestión prejudicial es conforme a Derecho o está fundada en Derecho⁴¹. Y en segundo lugar, y en relación con lo anterior, ha realizado un control de la exigencia de motivación (sustancial o material) basado en criterios objetivos (objetivación del criterio para saber si existía el juez estaba o no en situación de tener alguna duda razonable que le obligaba a plantear la cuestión prejudicial ante el TJCE)⁴², asumiendo para ello la jurisprudencia del TJCE en materia de cuestiones prejudiciales⁴³.

⁴¹ «... (N) o existe duda alguna en afirmar que nos encontramos nuevamente ante una resolución judicial aparente o formalmente motivada, mediante la cual el órgano judicial llega a la consecuencia de inaplicar –por propia, autónoma y exclusiva decisión– dos leyes postconstitucionales vigentes. No se está, sin embargo, ante una resolución judicial falta de motivación o con una motivación escueta, parca o por remisión, sino, simplemente, ante una resolución judicial no fundada en Derecho (STC 173/2002, de 9 de octubre, F. 7), que en este caso es además lesiva de las garantías del proceso debido...» (F. 7º).

⁴² «... (T)anto antes de haberse planteado por la Audiencia Nacional las cuestiones prejudiciales que desembocaron en la STJCE de 26 de junio de 1997 como, con más motivo, después de haber recaído la citada Sentencia, los diferentes órganos judiciales españoles habían apreciado de una forma razonable la compatibilidad entre la tasa fiscal del juego y el art. 33 de la sexta directiva. No lo ha entendido así, sin embargo...» el Tribunal que emite la resolución recurrida en amparo. Pues bien, cuando «(...)», de forma aislada y ajena al resto de la doctrina judicial recaída en la materia, aprecia la contradicción entre el Derecho comunitario y el Derecho interno, *está, de entrada, introduciendo una duda en la aplicación del Derecho comunitario donde hasta ese momento no existía*. En consecuencia, el órgano judicial aun cuando expresara su ausencia de toda duda respecto de la incompatibilidad entre la norma nacional y la norma comunitaria, *dado que precisamente venía a sumir una contradicción donde ningún otro órgano judicial la había apreciado, debía haber planteado, conforme a la doctrina del propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la cuestión prejudicial* prevista en el art. 234 del Tratado de la Comunidad Europea (...). Debe tenerse en cuenta, al efecto, que *la existencia o inexistencia de una duda* –a los efectos ahora considerados– *no puede entenderse en términos de convicción subjetiva del juzgador sobre una determinada interpretación del Derecho comunitario (una apreciación subjetiva) sino como inexistencia objetiva, clara y terminante, de duda alguna en su aplicación*. No se trata, pues, de que no haya dudas razonables, sino, simplemente de que no haya duda alguna» (F. 12º y 13º; énfasis añadido).

⁴³ Junto a la referencia existente en la nota al pie que acabamos de señalar, hay que decir que todo el F. 9º está dedicado a recordar los extremos de la figura de la cuestión prejudicial ante el TJCE, incidiendo además en las dos situaciones en las que se puede

Tal y como hemos señalado en el segundo epígrafe de este comentario, la negativa del TC a conceder el amparo por una vulneración del art. 24 CE que se originara en el no planteamiento de la cuestión prejudicial del 24 TCE generaba, al menos, dos problemas. En primer lugar, una cierta rebaja del nivel (o al menos de la expectativa) de protección del derecho a la tutela judicial efectiva siempre que esa tutela tuviera que desplegarse en el radio de acción del Derecho comunitario (y, en derivada, de todos los derechos y libertades que se amparaban en ese capital derecho fundamental)⁴⁴. Y en segundo lugar, el peligro de que la finalidad a la que obedece la existencia de la cuestión prejudicial «pierda gas»: si no se protege el normal desenvolvimiento de la cuestión prejudicial, se rebaja, valga la redundancia, el carácter «comunitario» del Derecho comunitario, pues se abre una espita para la no común aplicación de un Derecho común⁴⁵. Dicho esto, es evidente que la estimación de este recurso de amparo no sólo no genera esos problemas, sino que abre la vía para solucionarlos.

III.3.3.2. Lo invariable

Por lo que se refiere a las cuestiones que permanecen (casi) invariables quizás de forma no tan positiva, hay que señalar las dos siguientes (también, de alguna manera, encadenadas entre sí). En primer lugar, la persistencia de cierta confusión o ausencia de clara diferenciación entre carencia de rango e irrelevancia constitucional del Derecho comunitario. Y en segundo lugar, el recurso una vez más, si no a la identificación, a la reiterada comparación de identidades entre la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 163 CE y la cuestión prejudicial del artículo 234 TCE.

La fundamentación jurídica de la STC 58/2004 sigue remitiéndose, en lo que a la dimensión comunitaria del caso se refiere, a la jurisprudencia constitucional que niega la relevancia constitucional del Derecho comunitario; en concreto, en este caso, se hace una remisión a la jurisprudencia que viene a afirmar la irrelevancia del cumplimiento o incumplimiento del Derecho comunitario a efectos de otorgar el amparo por una vulneración de un

excepcionar la obligación de plantearla (las doctrinas del acto claro y aclarado) recordando la jurisprudencia básica del TJCE al respecto: la STJCE *DA COSTA Y ACUMULADOS* y la STJCE *CILFIT* (ya citadas).

⁴⁴ Cfr. ALONSO GARCÍA, R., *El juez español y el Derecho comunitario*, *op. cit.*, pgs. 301-302.

⁴⁵ No por nada el incumplimiento del correspondiente planteamiento de la cuestión prejudicial aparece como un problema de constante preocupación comunitaria. Buena prueba de ello –como señala COBREROS MENDAZONA, E.– lo constituyen los Informes anuales realizados por la Comisión y presentados al Parlamento Europeo en los que se procura hacer un seguimiento riguroso del tema. Para los pormenores al respecto véase el trabajo del citado autor: «La responsabilidad por actuaciones judiciales. El último gran paso en la responsabilidad de los estados por el incumplimiento del derecho comunitario» [*REDE*, 10, 2004, pgs. (289-316) 291 y ss.]; un trabajo en el que además, se aborda, entre otros, el análisis de si el incumplimiento manifiesto de una obligación de plantear la cuestión prejudicial es, por sí mismo, susceptible de originar la responsabilidad estatal (constatada, al efecto, la presencia de los demás requisitos); al respecto también: ALONSO GARCÍA, R. y BAÑO LEÓN, J. M., «El recurso de amparo frente a la negativa...», *op. cit.*, pgs. 199-200.

derecho fundamental que se produzca mediante un acto en ejecución de aquel Derecho (STC 64/1991). Sin embargo, y de forma paradójica, la estimación de este recurso de amparo trae causa (mediata), entre otras cosas, de la constatación de un incumplimiento del art. 234 TCE. Parece, dicho en otras palabras, como si la práctica fuera por delante de la teoría. El problema ahora, por lo tanto, no reside en que se niega el amparo por no reconocer relevancia constitucional del Derecho comunitario, sino en que la argumentación jurídica utilizada para concederlo no parece lo suficientemente desarrollada al efecto. En efecto, se sigue si no negando sí ocultando que la relevancia constitucional del Derecho comunitario (en este caso a efectos de amparo) puede derivar, precisamente, de su contravención. Esto es, sigue sin reconocerse, a efectos de argumentación jurídica, la relevancia constitucional del Derecho comunitario, al menos una relevancia de carácter «positivo», y continúa, en cambio, exhibiéndose en la fundamentación jurídica la tesis de que el Derecho comunitario sólo tiene una mera incidencia o relevancia de carácter pasivo o «contextual» (el Derecho comunitario como mero contexto jurídico en el que se produce la vulneración susceptible de amparo).

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, conviene señalar que el reiterado recurso –a lo largo de esta STC– a la propalación de identidades entre la cuestión de inconstitucionalidad y la cuestión prejudicial⁴⁶ (un recurso bastante habitual en la jurisprudencia constitucional sobre la materia), al margen de que pueda ser útil para determinadas consideraciones comparativas, puede tener también consecuencias no del todo positivas. A saber:

(a)– la de generar indirectamente cierta sensación de equívoco sobre la finalidad de la cuestión prejudicial⁴⁷. En este sentido, cabe señalar que al

⁴⁶ En los últimos seis fundamentos jurídicos (9-14; los que versan sobre la inaplicación de la Ley autonómica en virtud, a su vez, de que la estatal que le sirve de base a aquélla es considerada contraria a la Sexta Directiva), se hace la comparación, al menos, 6 veces: implícitamente en los dos últimos párrafos del F. 11; y expresamente, una vez en el F. 10^o y hasta en cuatro ocasiones en el F. 14^o.

⁴⁷ Aunque es verdad que ambas figuras presentan estructuras parecidas, también lo es que «responden a finalidades diferentes: la cuestión de inconstitucionalidad satisface la necesidad de tener en cuenta la experiencia aplicativa a la hora de depurar el ordenamiento de normas inconstitucionales, salvaguardando al mismo tiempo la prohibición de que el juez ordinario inaplique por sí mismo una ley que reputa contraria a la Constitución; la cuestión prejudicial tiende, por el contrario, a vencer la eventual renuencia del juez nacional, a quien corresponde la aplicación del Derecho comunitario, a tomar en consideración normas que por su origen o por su contenido no le son familiares. (...) Dicho brevemente, mientras el problema de la ausencia de control sobre la negativa a plantear cuestión de inconstitucionalidad estriba en aceptar el riesgo de interpretaciones constitucionales incorrectas, el problema de la ausencia de control sobre la negativa a plantear la cuestión prejudicial consiste en aceptar el riesgo de la inaplicación pura y simple del Derecho comunitario» (DÍEZ-PICAZO, L. M., *Constitucionalismo de la Unión Europea*, *op. cit.*, pgs. 211-212). Para un estudio de las similitudes y diferencias entre ambos véase también: ALONSO GARCÍA, R. y BAÑO LEÓN, J. M., «El recurso de amparo frente a la negativa a plantear...», *op. cit.*, pgs. 212 y ss.

recurrir a recordar las similitudes entre las figuras del 163 CE y 234 TCE, la STC da, en ocasiones, la sensación de que el problema que subyace en el apartado «1.c)» [recordemos que la sentencia recurrida inaplica en este apartado del fallo la Ley autonómica por considerar contraria a Derecho comunitario, y por tanto inaplicable, la Ley estatal que le sirve de base] es un «problema de validez» de la Ley interna que se inaplica y no, de otro modo, un «problema de aplicabilidad» al caso de esa Ley. Dicho de otro modo, y pese a los símiles, el recurso de amparo no se estima por la «invalidez» (ni constitucional, ni comunitaria) de la Ley interna inaplicada; se otorga, expresado en positivo, porque se «inaplica» indebidamente (esto es, porque la vulneración del derecho fundamental susceptible de amparo se origina en esa indebida inaplicación y no en aquella invalidez). La solución del caso no deriva de un juicio de validez (ni de la utilización de los instrumentos para realizarlo) de la norma nacional, sino de un juicio de aplicabilidad (y de la correcta utilización de los instrumentos para realizarlo) sobre la misma. Además, no cabe olvidar que la cuestión de inconstitucionalidad sirve, presupuesto el juicio positivo de aplicabilidad, para activar un juicio de validez (de una norma interna de rango legal de cuya constitucionalidad se duda), mientras la cuestión prejudicial de interpretación sirve para realizar un juicio de aplicabilidad (o de alcance y sentido) de una norma comunitaria una vez presupuesta su validez (hay un previo juicio positivo de validez⁴⁸. Así pues, sus finalidades no son intercambiables, aunque sí confundibles, máxime si, como merece el presente asunto, no se hace un esfuerzo por distinguir dos distintos juicios de aplicabilidad: el de la norma comunitaria y el de la norma nacional. Y ello porque en este caso, el planteamiento de la prejudicial hubiera debido servir no para saber si aquella debe o no ser aplicada, sino para conocer si –teniendo en cuenta la aplicación de aquella– ésta debe o no ser inaplicada⁴⁹.

⁴⁸ De lo contrario, de ser negativo, se hubiera tenido que plantear, de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, la cuestión prejudicial de validez.

⁴⁹ Tal y como el TJCE ha apuntado numerosas veces la cuestión prejudicial no tiene como finalidad juzgar la validez o la eficacia de la normativa interna, ni siquiera la de determinar su interpretación. Otra cosa es que la prejudicial de interpretación se plantee las más de las veces, en el contexto de un supuesto conflicto entre la normativa interna y el Derecho comunitario con el objetivo, precisamente, de poder dirimirlo adecuadamente tras conocer, vía su planteamiento y resolución por el TJCE, el correcto sentido y alcance de la normativa comunitaria en cuestión. El hecho es que, en muchos de tales casos, el TJCE acaba por realizar una especie de juicio de compatibilidad entre la normativa comunitaria y la nacional que se ven implicadas en el supuesto conflicto. El propio TJCE señala que «según se desprende de una reiterada jurisprudencia (véase especialmente, sentencia de 9 de octubre de 1984, Heineken, asuntos acumulados 97/83 y 127/83, Rec. 1984, pg. 3435), ante cuestiones destinadas a permitir que el órgano jurisdiccional aprecie la conformidad de disposiciones nacionales con el Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia puede proporcionar los elementos de interpretación del Derecho comunitario que permitan al órgano jurisdiccional nacional resolver el problema jurídico de que conoce» [STJCI EAU DE COLOGNE, de 23 de noviembre de 1989, C-150/88, Rec. 1989, pg. 3909; énfasis añadido; al respecto, véase, por todos, SAIZ ARNAIZ, A., «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como Tribunal Constitucional», *RVAP*, 53 (II), 1999, pgs. 249 ss.]. Y eso es lo que, de alguna forma, se echaba de menos en la resolución recurrida

(b)– la de desenfocar ciertos extremos de la sanción de inaplicación que –en virtud del principio de primacía– pende sobre la norma nacional que contradiga Derecho comunitario. En efecto, la Sentencia se ciñe al estudio de una resolución judicial en cuanto que «inaplica la Ley» y lo hace sin el «planteamiento de la *cuestión de inconstitucionalidad*, si (considera que) contradice la Constitución española, o el de la *cuestión prejudicial*, si (considera que) es contraria al Derecho comunitario» (la comparación se repite hasta cuatro veces en el F. 14º). Pero el problema, dicho ahora de otra manera, es que la comparación entre ambas figuras se hace exclusivamente –bien es verdad que obligado por las circunstancias del caso–, contrayéndola únicamente a esos elementos: la «Ley (formal)» como el objeto de la inaplicación y el «juez nacional» como sujeto que la inaplica indebidamente. Y ello (por el efecto mimético que produce la reiterada comparación con la cuestión de inconstitucionalidad) no deja de dar la sensación, por una parte, de que la norma interna que puede quedar inaplicada –en el caso de que se observe (acertadamente) sin duda alguna su «contracomunitariedad»– es sólo la «Ley» (y/o cualquier otra norma de rango legal que sea susceptible del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad: léase alguna norma perteneciente a alguna de las categorías normativas del 27.2 LOTC) y no toda norma interna cualquiera que sea el rango (legal o infralegal) de la categoría normativa a la que pertenece. Por otra parte, la comparación entre ambas cuestiones (inconstitucionalidad/prejudicial) trae también a colación el hecho de que el único sujeto legitimado para plantearlas y de concretar la «no aplicación» de la «Ley» nacional *correspondiente o consecuente* con ese planteamiento es el juez nacional. Y es aquí donde la comparación puede generar otro equívoco por efecto mimético: la no distinción entre la inaplicación de la Ley nacional derivada del planteamiento de la cuestión prejudicial –sólo planteable por el juez nacional– y la que se puede (*rectius*, debe) realizar sin plantearla –cuando se estime por parte de cualquier poder público⁵⁰ (incluido el Juez nacional, si no tiene dudas al respecto) que es contraria a Derecho comunitario. Y me explico: es verdad que el juez nacional «deja de aplicar»⁵¹ la Ley postconstitucional cuando plantea la cuestión de inconstitucionalidad o la cuestión prejudicial; pero ello no significa que sólo sea el juez nacional –único legitimado para plantear la prejudicial– el único que puede inaplicar una Ley nacional cuando ésta es contraria a Derecho comunitario (y/o que, tratándose del Juez nacional, sólo deje de aplicarla cuando plantea la cuestión).

(c)– la de dejar cierto, si se me permite la expresión, «resabio o regusto» a

máxime «... cuando (el) órgano judicial utiliza los criterios interpretativos fijados (en una previa STJCE interpretativa al respecto) en un sentido que conduce a una conclusión contraria a la expresada por los restantes órganos judiciales» (STC 58/2004, F. 13º).

⁵⁰ La obligación de inaplicar una norma interna incompatible con una norma comunitaria no sólo atañe a los jueces sino a todo poder público (incluidas las administraciones autonómicas y locales *vid.* STJCE *CONSTAZO*, de 22 de junio de 1989, C-103/88, pgs. 1839 y ss.), rigiendo incluso en las relaciones entre particulares (por ejemplo, asunto *WALRAVE*, de 12 de diciembre de 1974, C-36/74, pgs. 1405 y ss.).

⁵¹ Por usar la expresión del propio TC en el F. 14º.

la Sentencia *Simmenthal* del TJCE⁵², o para ser más exactos, cierto «resabio pre-*Simmenthal*»⁵³, al menos en el sentido de que, en algún caso, no queda clara o se difumina un poco la doctrina allí sentada de la «preeminencia» de la obligación judicial de inaplicar la Ley contraria a Derecho comunitario respecto de la obligación constitucional de plantear la cuestión de inconstitucionalidad sobre la misma⁵⁴.

(d)– abordar el incumplimiento de la obligación de plantear la cuestión prejudicial de forma relacionada o conexas al no planteamiento de la debida cuestión de inconstitucionalidad conduce también, en fin, a impedir que el propio Tribunal Constitucional se pueda encontrar en condiciones de plantear la cuestión prejudicial ante el TJCE⁵⁵. En efecto, si partimos de la base de que el correcto planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad gira en torno a dos requisitos [la aplicabilidad de la Ley al caso y la dependencia del fallo respecto de su validez –o juicio de relevancia (llamado de pertinencia en el contexto de la cuestión prejudicial)–], y que, en cambio, para plantear la cuestión prejudicial (en nuestro caso de interpretación) es suficiente con constatar la pertinencia o dependencia del fallo respecto a la correcta interpretación, parece posible afirmar que no es necesario ser juez de aplicación del Derecho comunitario para, siendo un «órgano jurisdiccional» (*ex* 234 TCE) poder plantear una cuestión prejudicial ante el TJCE. En este sentido, el Tribunal Constitucional, que no es juez de aplicación (comunitariamente obligada) del Derecho comunitario, pero sí un «órgano jurisdiccional» a los efectos señalados⁵⁶, podría plantear (lejos de aquella identificación) la cuestión prejudicial. Puede preguntarse «para qué», si no actúa como «Juez nacional» comunitariamente obligado a aplicar el Derecho comunitario (Juez nacional como Juez comunitario), ni quiere actuar

⁵² Sentencia TJCE *SIMMENTHAL*, 9 de marzo de 1978 (C-106/77).

⁵³ Según la doctrina *Simmenthal* los jueces tienen la obligación de dejar «inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias a la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional» (F. 24^o), como, por ejemplo, mediante la cuestión de inconstitucionalidad. A detalle sobre los extremos y problemas de la relación «juez español (y TC)/principio de primacía del Derecho comunitario»: ALONSO GARCÍA, R., *El juez español y el Derecho comunitario*, *op. cit.*, pgs. 19 y ss.

⁵⁴ Por ejemplo, cuando se concluye que «en el asunto que nos ocupa era insoslayable para inaplicar la disposición de ley al caso concreto, por causa de su posible inconstitucionalidad o de su posible contradicción con el Derecho comunitario, la promoción de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad o cuestión prejudicial (arts. 163 CE y 234 TCE), sin las cuales, las normas legales no podían ser, en manera alguna, inaplicadas o preteridas» (F. 14^o). Y es que de este modo se puede dar a entender que ante una ley nacional constatada *a pari* como anticomunitaria y (supuestamente) inconstitucional la obligación de inaplicar la ley (por anticomunitaria) es compatible, sea a título conjuntivo o alternativo, con la del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

⁵⁵ Al respecto, a detalle, ALONSO GARCÍA, R., *idem*, pgs. 268 y ss.

⁵⁶ A este último respecto también *ibidem*, pgs. 222 y ss. y 261 y ss.; véase igualmente, ORTIZ VAAMONDE, S., «El Tribunal Constitucional ante el Derecho comunitario (I)», *op. cit.*, pgs. 317 y ss.

como Tribunal Constitucional que considera «también» al Derecho comunitario como canon directo de constitucionalidad. Y puede responderse: para poder utilizar el Derecho comunitario cuando actúa como Tribunal constitucionalmente obligado a interpretar (de forma «abierta») la Constitución. En otras palabras, y poniendo ejemplos concretos, sería útil que el TC pudiera plantear la cuestión prejudicial (al menos) para el caso en que utilice el Derecho comunitario como, por ejemplo: canon hermenéutico de comunitariedad⁵⁷; o como canon integrador del bloque de constitucionalidad⁵⁸; o como *soft law* interno⁵⁹; o simplemente para solucionar la duda sobre la selección de la norma nacional aplicable caso de que haya que realizar una «interpretación conforme» del Derecho nacional con respecto al Derecho comunitario; etc.). Ahora bien, si por el contrario, se identifican ambas figuras (exigiendo para plantear una cuestión prejudicial, los mismos requisitos que son necesarios para plantear la cuestión de inconstitucionalidad), el TC, al no ser juez de aplicación (comunitariamente obligatoria) del Derecho comunitario, se verá imposibilitado para plantear una cuestión prejudicial.

III.4. Una reflexión final

Es una obviedad que el Derecho comunitario está influyendo de forma determinante en todos los sectores del ordenamiento jurídico interno. Un ejemplo palpable es el de las transformaciones que ha generado en la función (y competencias) de los Jueces y Tribunales nacionales de garantizar los derechos y libertades atribuidos por el ordenamiento jurídico. Por un lado, le han convertido en garante de los derechos atribuidos por el ordenamiento comunitario; y por otro, ha generado cierta modulación («comunitarización») de la función de dicho Juez nacional de ser el garante (natural) de los derechos atribuidos por el ordenamiento interno (ya que dicho Juez deberá tener en cuenta el Derecho comunitario también a la hora de garantizar estos derechos si los mismos entran en el radio de acción del Derecho comunitario). En dos palabras, el Derecho comunitario ha convertido al Juez nacional en Juez comunitario, en Juez que debe tutelar eficazmente los derechos atribuidos por el ordenamiento comunitario y los atribuidos por el ordenamiento nacional (entren o no en el radio de acción comunitario). Existe en este sentido, un «derecho al juez» reconocido (jurisprudencialmente) por el ordenamiento comunitario (derecho fundamental comunitario), y un derecho fundamental (nacional) a la tutela judicial efectiva reconocido por la Constitución. Está claro que este último extiende su manto protector a todo el ámbito material que queda fuera del radio de acción del Derecho comunitario, pero ¿qué sucede cuando el radio de acción de ese

⁵⁷ Al respecto, por todos, SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo...*, *op. cit.*, pgs. 172 y ss.

⁵⁸ Por todos, PÉREZ TREMPES, P., «La Constitución española antes y después de Niza», *Cuadernos de Derecho Público*, 13, 2001, pgs. 282 y ss.; o, del mismo autor, «Unidad del ordenamiento y Derecho comunitario», *RVAP*, 65 (II), 2003, pgs. 133 y ss.

⁵⁹ *Vid. supra* nota núm. 6.

Derecho se cruza en el camino de la tutela judicial efectiva que debe llevar a cabo el Juez nacional? ¿Dispone dicho derecho, en tal caso, de la protección que proporciona el recurso de amparo constitucional? Esta STC estima el amparo porque una resolución judicial vulnera el/los derechos del artículo 24 CE al incumplirse la obligación «comunitaria» de plantear la correspondiente cuestión prejudicial ante el TJCE. Es probable que esta estimación de amparo se entienda como un paso más en la «comunitarización» del derecho fundamental (nacional) a la tutela judicial efectiva (una cierta «comunitarización» de su garantía), aunque bien mirado también se puede leer como una «recuperación constitucional» de un cierto ámbito material por parte del recurso de amparo por lo que al derecho a la tutela judicial efectiva se refiere, la recuperación de un espacio que se abandonaba en la medida que se comunitarizaba [cabe insistir, en este sentido, en el hecho de que con esta Sentencia el Tribunal Constitucional viene a integrar en el contenido constitucionalmente declarado del derecho a un proceso con todas las garantías (24.2 CE) –y por tanto susceptible de protección en amparo– la obligación de plantear, de acuerdo con el artículo 234 TCE, la cuestión prejudicial ante el TJCE]. Sea como fuere, a fin de cuentas, lo que sí es seguro (y positivo) es que nos encontramos ante un pequeño paso en la «europeización» de los derechos constitucionales⁶⁰, al menos en la medida en que el recurso de amparo extiende su manto tuitivo (y funcional)⁶¹ a zonas de acción comunitarizada del derecho a la tutela judicial efectiva, un paso que va en la misma dirección que la «constitucionalización» de la Unión Europea.

⁶⁰ Tomo la expresión de la obra dirigida por Jacques ZILLER: *L'europeanisation des droits constitutionnels à la lumière de la constitution pour l'Europe—the europeanisation of constitutional law in the light of the constitution for europe*, Paris, L'Harmattan, Collection Logiques juridiques, 2003.

⁶¹ Tal y como señala LÓPEZ GUERRA, L., «la necesidad de una aplicación uniforme del derecho comunitario implica la correlativa necesidad de una interpretación uniforme: y en este aspecto, el recurso a la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia cobra una importancia central, en cuanto que sirve para unificar esa interpretación. La cuestión procederá, en efecto, cuando el juez nacional estime necesaria una decisión al respecto del Tribunal de Justicia, interpretativa de las normas comunitarias, para poder emitir su fallo. Y es en este aspecto donde al Tribunal Constitucional le podría quedar un margen para desempeñar un papel relevante en el ámbito del derecho comunitario: es decir, en lo que se refiere al control del planteamiento por los jueces de la cuestión prejudicial» («El poder judicial español ante la Unión Europea», *Autonomías*, 29, 2003, pg. 45). Por todo ello, y pensando en una optimización *a pari* de la protección del derecho a la tutela judicial efectiva y de la utilización de la cuestión prejudicial, es posible señalar que lo ideal, no es la remisión a las similitudes procesales entre la cuestión de inconstitucionalidad y la cuestión prejudicial, sino a la fecunda conexión funcional entre esta última y el recurso de amparo.