

LA OBLIGACIÓN DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES DE PRESENTAR LA CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTES DE DECIDIR NO APLICAR UNA LEY POR SU CONTRADICCIÓN CON NORMAS DE DERECHO COMUNITARIO (1)

Manuel Carrasco Durán

SUMARIO: I. Introducción. II. El asunto planteado en el recurso de amparo resuelto por la STC 58/2004 y la doctrina jurisprudencial sobre la consideración del Derecho comunitario y de la cuestión prejudicial desde un punto de vista constitucional.—III. Las novedades que aporta la STC 58/2004 sobre la presentación de la cuestión prejudicial y la manera de aplicar el principio de primacía del Derecho Comunitario que deben seguir los órganos judiciales nacionales.—IV. Conclusiones y cuestiones abiertas por la STC 58/2004

I. Introducción

La sentencia del Tribunal Constitucional 58/2004, de 19 de abril, ha incorporado pronunciamientos que modifican la doctrina establecida con anterioridad acerca de cuál debe ser la actuación de los órganos judiciales cuando se encuentran ante una norma nacional que consideran contraria a una norma de Derecho comunitario y, más en general, de cómo articular la relación entre Derecho nacional y Derecho comunitario en un marco integrado por criterios que pueden resultar contrapuestos en algunos casos: por una parte, la obligación de dar eficacia al Derecho nacional conforme al principio de imperio de la ley, y, por otra parte, la necesidad de observar el principio de primacía del Derecho comunitario. La sentencia, además, aporta interesantes matices a la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la forma de aplicar la doctrina acerca de la primacía del Derecho comunitario. Se trata de un tema de enorme actualidad en la perspectiva del proceso de ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

(1) Este trabajo ha sido redactado en el marco del proyecto de investigación sobre Constitución y Unión Europea (BJU2003-07327) desarrollado por el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla bajo la dirección del profesor Javier Pérez Royo y con la financiación del Ministerio de Educación y Ciencia y la Unión Europea.

II. El asunto planteado en el recurso de amparo resuelto por la STC 58/2004 y la doctrina jurisprudencial sobre la consideración del Derecho comunitario y de la cuestión prejudicial desde un punto de vista constitucional

La STC 58/2004 resuelve un recurso de amparo promovido por la Generalidad de Cataluña contra una sentencia de 5 de octubre de 1999 de la Sección cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que había estimado un recurso contra una liquidación de la tasa fiscal sobre el juego, al considerar como nulo el incremento de la cuota de la tasa fiscal sobre el juego establecido en el artículo 38.2.1 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, reguladora de la tasa sobre el juego, los incrementos presupuestarios de la cuota establecidos en las Leyes de Presupuestos de los ejercicios 1992, 1993, 1994 y 1995 y el recargo autonómico a este tributo establecido por la Ley del Parlamento de Cataluña 2/1987, de 5 de enero. La sentencia del Tribunal Constitucional entendió que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la Generalidad de Cataluña por exceso de jurisdicción, preterición del sistema de fuentes y haber dictado una resolución no fundada en Derecho, debido a que había extendido indebidamente los efectos de nulidad derivados de la STC 173/1996 con respecto al artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990, el cual fijaba un gravamen complementario en relación con la tasa sobre el juego para el ejercicio del año 1990, al artículo 38.2.1 de aquélla, que establecía la cuantía de la cuota de la tasa sobre el juego para los ejercicios siguientes, y a los incrementos sobre esta cuota establecidos en las Leyes de Presupuestos de los ejercicios 1992 a 1995, y a que había considerado inaplicable de forma indebida el recargo autonómico establecido por la Ley del Parlamento de Cataluña, ya que, a su entender, la base sobre la que se aplicaba el recargo, esto es, la propia tasa fiscal sobre el juego, era contraria al artículo 33 de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, sexta Directiva en materia de armonización de legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios. De esta manera, había dejado sin aplicar para resolver el caso unas normas que, a decir del Tribunal Constitucional, o bien debían ser consideradas vigentes y pertinentes para la resolución del caso discutido, si nos atenemos al argumento basado en la indebida extensión de los efectos de nulidad de la STC 173/1996 a normas no afectadas por ella, o bien no tenía potestad para dejar sin aplicar, si nos atenemos a la actuación del Tribunal Superior de Justicia en relación con la contradicción advertida en la regulación de la tasa sobre el juego con el Derecho comunitario.

Centrándonos ya en el tema de la relación entre el Derecho nacional y el Derecho comunitario y la actuación que debe llevar a cabo el órgano judicial cuando considera que está ante un supuesto de contradicción del primero con el segundo, hay que recordar que la doctrina que venía siendo aplicada hasta el momento quedaba integrada por los tres argumentos siguientes:

- a) El Juez español, como principio general, no puede dejar de aplicar una ley o norma con fuerza de ley (decretos legislativos y decretos-leyes). El Juez está sometido al principio de imperio de la ley (art. 117.1 CE) al punto de que, en el supuesto de que encuentre que una ley aplicable al caso que debe resolver es inconstitucional, debe presentar la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional para que éste decida sobre la posible inconstitucionalidad de dicha ley y declare la nulidad de los artículos afectados por dicha inconstitucionalidad previamente a que el órgano judicial dicte sentencia (SSTC 23/1988, 90/1990 y 173/2002, entre otras). En el caso de que el órgano judicial acuerde no aplicar una ley sin presentar la cuestión de inconstitucionalidad el resultado es una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de la parte perjudicada por tal decisión, debida a la preterición del sistema de fuentes, que es de obligada observancia para los órganos judiciales (STC 173/2002, FJ 10). Sin embargo, la necesidad de aplicar las normas de Derecho comunitario con primacía sobre las normas de Derecho nacional, de acuerdo con la conocida doctrina creada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (2), hace que, excepcionalmente, el Juez pueda dejar sin aplicar leyes o normas con fuerza de ley si considera que son contradictorias con lo dispuesto en normas de Derecho comunitario.
- b) Los órganos judiciales nacionales pueden solicitar al Tribunal de Justicia que se pronuncie con carácter prejudicial sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el Banco Central Europeo, conforme a lo señalado en el actual artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea. A partir de lo previsto en este artículo, se distinguen dos tipos de cuestiones prejudiciales: las que versan sobre la validez de los actos mencionados y las que lo hacen sobre la interpretación de aquéllos. En todo caso, la cuestión prejudicial tiene como objeto actos adoptados por las instituciones de la Comunidad, de manera

(2) SSTJCE de 9 de marzo de 1978, asunto *Simmenthal*, 106/77, y 11 de junio de 1989, asunto *Ford España, S. A.*, 170/88.

que, desde una interpretación literal, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no podría contrastar una norma nacional a la luz del Derecho comunitario para pronunciarse directamente sobre la validez o la interpretación de la norma nacional. A pesar de ello, lo cierto es que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de hecho, ha procedido en algunos casos a extraer de las cuestiones formuladas por las jurisdicciones nacionales los elementos que entran en el ámbito de interpretación del Derecho comunitario con el propósito de permitir al Tribunal (nacional) resolver el problema jurídico al cual se enfrenta, a apreciar los efectos de la normativa nacional o a examinar, sin más, la conformidad de la legislación nacional con el Derecho comunitario. Asimismo, el Tribunal de Justicia puede proporcionar al órgano judicial nacional los elementos interpretativos de Derecho comunitario que le permitan resolver el problema jurídico que aquél le haya planteado por vía prejudicial (3).

De acuerdo con el artículo 234 del Tratado, el órgano judicial nacional, en tales casos y de manera optativa, «podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma (se refiere a la cuestión prejudicial), si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo», pero el carácter optativo del planteamiento de la cuestión prejudicial desaparece en un caso: «cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuya decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia» (art. 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea *in fine*) (4).

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha matizado las conclusiones que pudieran derivarse de una interpretación literal de dicho artículo (5). Así, por ejemplo, en la sentencia de 22 de octubre de 1987, asunto *Foto-Frost*, 314/85, declaró su competencia exclusiva para declarar la invalidez de una norma comunitaria, de tal manera que, cuando un órgano judicial nacional considere que una norma comunitaria puede ser inválida, no debe proceder a resolver el asunto directa-

(3) R. ALONSO GARCÍA y J. M. BAÑO LEÓN; «El recurso de amparo frente a la negativa a plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», *REDC*, 29 (1990), 195 y s., junto con las sentencias citadas en este artículo.

(4) *Vid.* el artículo III-369 del Tratado por el que establece una Constitución para Europa.

(5) *Vid.* M. CARRO MARINA; «El alcance del deber de los Tribunales internos de plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad. (*El Auto del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1990*)», *REDA*, 66 (1990), 303 y ss.

mente, dejando sin aplicación la norma comunitaria, sino que debe plantear obligatoriamente la cuestión prejudicial correspondiente al Tribunal de Justicia.

Por otra parte, la exigencia de presentar la cuestión prejudicial cuando se trate de un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de recurso en Derecho interno ha sido flexibilizada en gran forma por el Tribunal de Justicia, de tal manera que, como señala el Tribunal Constitucional en la STC 58/2004 haciendo un resumen de la doctrina del Tribunal de Justicia al respecto, esta obligación de plantear la cuestión prejudicial desaparece tanto cuando la cuestión planteada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo (SSTJCE de 27 de marzo de 1963, asuntos *Da Costa y acumulados*, 28 a 30/62; y de 19 de noviembre de 1991, asunto *Franco-vich y Bonifaci*, C-6 y 9/90), como cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión planteada (STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto *Cilfit*, 283/81), en lo que constituye un traslado a la jurisprudencia comunitaria de la doctrina francesa del «acto claro». Si se dan estos supuestos, en los casos en los que se trate de decidir sobre una posible contradicción entre una norma de Derecho comunitario y otra de Derecho nacional sería el órgano judicial el competente para decidir autónomamente, bien a favor de la aplicación de la norma nacional sometida a contraste con normas de Derecho comunitario, bien en el sentido de no aplicar dicha norma nacional, dependiendo de cuál sea el resultado de dicho juicio de contraste y compatibilidad entre las normas de uno y otro ordenamiento (6).

Ciertamente, en la sentencia que resolvió el asunto *Cilfit* el Tribunal de Justicia añadió que «antes de llegar a tal conclusión, el órgano jurisdiccional nacional debe estar convencido de que la misma evidencia se impondrá igualmente a los órganos jurisdiccionales de los otros Estados miembros y al Tribunal de Justicia» e impuso una serie de condiciones para que los órganos judiciales nacionales pudieran apreciar por sí mismos la evidencia de la interpretación una norma de Derecho comunitario que, en la práctica, si se exigieran con todo su rigor, harían casi imposible que esta doctrina fuera aplicada (7). Pero,

(6) R. ALONSO GARCÍA; *Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo*, Civitas, Madrid, 1989, págs. 174 y ss., y M. JIMENO BULNES; *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, J. M. Bosch, Barcelona, 1996, págs. 288 y ss.

(7) Señaló el Tribunal que la interpretación de una disposición de Derecho comunitario supone una comparación de versiones lingüísticas, teniendo en cuenta que los textos de Derecho comunitario

sea como sea, lo cierto es que la doctrina del Tribunal de Justicia que ha quedado indicada viene a introducir un elemento indiscutiblemente discrecional en el planteamiento de la cuestión prejudicial por el órgano jurisdiccional nacional también en el caso de que su decisión no sea susceptible de ulterior recurso en vía interna, ya que, finalmente, es el órgano judicial aquél que debe ponderar si del contraste entre las normas de Derecho nacional y las de Derecho comunitario surge una duda sobre la interpretación que deba darse a las normas de Derecho comunitario o si, por el contrario, la norma de Derecho comunitario tiene una interpretación lo suficientemente clara como para no plantear la cuestión prejudicial. De hecho, el Informe del Grupo de Reflexión sobre el futuro del sistema jurisdiccional de las Comunidades Europeas presentado en enero de 2000 de cara a las negociaciones de Niza, quiso potenciar este elemento de apreciación discrecional de la claridad de la interpretación de la norma de Derecho comunitario, al defender la opción de reservar la obligación de acudir a la cuestión prejudicial por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales de última instancia sólo con relación a cuestiones que presenten «una importancia suficiente para el Derecho comunitario» y para cuya solución subsista, tras su examen por los órganos jurisdiccionales inferiores, una «duda razonable (8)». Como consecuencia de todo ello, si el órgano judicial apreciara que la interpretación de la norma de Derecho comunitario que se impone con total evidencia es contraria al texto de una norma nacional, podría dejar sin aplicar la segunda sin necesidad de acudir previamente a la cuestión prejudicial. De hecho, la cuestión prejudicial es un instrumento previsto en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea para la salvaguardia de la efectividad y de la homogeneidad de la aplicación del Derecho comunitario, no para salvaguardar la aplicación de las normas nacionales.

están redactados en varias lenguas, que había que tener en cuenta que el Derecho comunitario utiliza una terminología propia, cuyos conceptos no tienen por qué ser equivalentes a los de los Derechos nacionales, y que «cada disposición de Derecho comunitario debía ser situada en su contexto e interpretada a la luz del conjunto de las disposiciones de ese Derecho, de sus finalidades y de su grado de evolución en la fecha en la que debe hacerse aplicación de la disposición de que se trata». Vid. R. ALONSO GARCÍA; *El Juez español y el Derecho Comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, págs. 230 y ss., que destaca que la intención del Tribunal de Justicia al establecer estas condiciones para la apreciación de la claridad de la interpretación del Derecho comunitario en estos casos fue rodear la utilización de la doctrina del acto claro de la debida seriedad, ante la poco rigurosa utilización de esta doctrina que se había generalizado en el Consejo de Estado francés (*ibidem*, pág. 231).

(8) Vid. http://europa.eu.int/comm/dgs/legal_service/docs/du_e_es.pdf, pág. 15. En el mismo sentido, la Comisión ha aceptado este elemento discrecional en la decisión del órgano judicial sobre la presentación de la cuestión prejudicial, vid. J. M. BAÑO GARCÍA y R. ALONSO GARCÍA; cit., págs. 201 y s.

- c) Finalmente, el Tribunal Constitucional viene considerando que no es competencia suya la tarea de interpretar y decidir cómo se ha de aplicar el Derecho comunitario y que corresponde al órgano judicial adoptar la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial (SSTC 111/1993, FJ 2, 180/1993, FJ 2, 201/1996, FJ 2, y 203/1996, FJ 2, y ATC 296/1993, FJ 2), de tal manera que, como la propia sentencia 58/2004 señala en su fundamento jurídico décimo al resumir la doctrina tradicional sobre esta cuestión, la decisión de no plantear la cuestión prejudicial «no implica *per se* la lesión de las garantías previstas en el artículo 24 de la Constitución, 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.»

III. Las novedades que aporta la STC 58/2004 sobre la presentación de la cuestión prejudicial y la manera de aplicar el principio de primacía del Derecho Comunitario que deben seguir los órganos judiciales nacionales

El interés de la STC 58/2004 proviene de que matiza fuertemente las conclusiones anteriores sobre la relevancia constitucional de la presentación de la cuestión prejudicial y la forma de dar aplicación al principio de primacía del Derecho comunitario cuando un órgano judicial entiende que una ley nacional contradice lo dispuesto en una norma comunitaria, al punto de que esta sentencia se va a asentar sobre bases contrarias a aquéllas (9). La STC 58/2004 establece, al respecto, que:

- a) Cuando existen sentencias anteriores de otros órganos judiciales que han considerado que la norma de Derecho nacional discutida no es incompatible con el Derecho comunitario, el órgano judicial que debe resolver el caso en la última instancia y, por tanto, mediante sentencia frente a la que no quepa recurso en el ordenamiento nacional, no puede decidir, autónomamente, dejar sin aplicar la norma nacional, ni siquiera aunque entienda, por su parte, que la norma nacional es contradictoria con las normas de Derecho comunitario. En tal caso, está obligado a plantear la cuestión preju-

(9) Prueba del interés de la sentencia son los comentarios a la misma publicados por J. M. BAÑO LEÓN; «El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial», *RDCE*, 18 (2004), 465 y ss., P. J. MARTÍN RODRÍGUEZ; «La cuestión prejudicial como garantía constitucional: a vueltas con la relevancia constitucional del Derecho comunitario», *REDC*, 72 (2004), 315 y ss., y J. I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA; «El “recurso” a la prejudicial (234 TCE) como “cuestión” de amparo», *Revista española de Derecho Europeo*, 11 (2004), 441 y ss.

dicial antes de dejar sin aplicar la norma nacional. En fin, lo que viene a decir la STC 58/2004 es que, cuando se produzca el supuesto señalado, el órgano judicial está «obligado a tener dudas» y, por consiguiente, debe presentar la cuestión prejudicial. En efecto, el órgano judicial, en caso de que existan sentencias de otros órganos judiciales que consideren que la norma de Derecho nacional discutida y las normas de Derecho comunitario son compatibles, pierde la discrecionalidad para decidir separarse de la decisión adoptada por aquellos otros órganos judiciales y, por lo tanto, para considerar como evidente una interpretación del Derecho comunitario que sea incompatible con lo dispuesto en la norma nacional. Esto es lo que ocurría en el caso examinado por el Tribunal Constitucional. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña había entendido que el recargo autonómico discutido contradecía el Derecho comunitario porque tomaba su base de la tasa sobre el juego, que dicho órgano judicial consideró incompatible con la directiva antes citada. Sin embargo, con anterioridad a dicha sentencia se habían manifestado a favor de considerar compatibles ambas regulaciones el propio Tribunal Supremo, en una sentencia de 28 de diciembre de 1998 que se basa en la argumentación de una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de junio de 1997 que resuelve tres cuestiones prejudiciales presentadas por la Audiencia Nacional sobre el mismo tema, y sendas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía, Castilla-La Mancha y Murcia. Asimismo, ya con posterioridad a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña consideraron que ambas regulaciones eran compatibles sendas sentencias de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía, Castilla-La Mancha, Castilla y León, la Comunidad Valenciana y Murcia, hasta desembocar en las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2000, de 25 de noviembre de 2000 y de 29 de septiembre de 2001, dictadas estas dos últimas en recursos de casación en interés de la ley (10), que confirmaron esta solución al problema. En estas circunstancias, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, estaba obligado a dudar sobre la compatibilidad entre la regulación de la tasa sobre el juego y la Directiva 77/388/CEE del Consejo y, en consecuencia, a plantear la cuestión prejudicial, antes de resolver el

(10) De hecho, las dos últimas sentencias indicadas resuelven sendos recursos de casación en interés de la ley presentados por la Generalidad de Cataluña y la Administración General del Estado contra la misma sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que es objeto del recurso de amparo resuelto por la STC 58/2004.

asunto dejando sin aplicar dicha regulación de la tasa sobre el juego. A este respecto, señala el Tribunal Constitucional, en el fundamento 13 de su sentencia, 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.»

- b) Además, el no planteamiento por parte del órgano judicial de la cuestión prejudicial con el resultado de dejar sin aplicar una norma de Derecho nacional por contradicción con el Derecho interno, supone una vulneración del derecho a la tutela judicial que es tutelable en el recurso de amparo. Según el fundamento 14 de la STC 58/2004, «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 (eso sí, siempre y cuando, respecto de esta última y como ocurre en el presente caso, se den las circunstancias para tal planteamiento), debe convertirse en una de las garantías comprendidas en el derecho al proceso debido frente a 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... Es, pues, evidente, que el artículo 117.3 de la Constitución no faculta al Juez, una vez seleccionada la única norma legal aplicable al caso concreto, simplemente a inaplicarla, soslayando el procedimiento expresamente establecido para ello en nuestro Ordenamiento jurídico tanto para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad prevista en el artículo 163 de la Constitución como para el de la cuestión prejudicial recogida en el artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea. Tal actuación es contraria al principio de legalidad inherente al Estado de Derecho que la Constitución enuncia en su título preliminar (art. 9.3 CE), y que se instituye en un límite no sólo de la actuación administrativa (art. 103.1 CE) sino también de la judicial (art. 117.1 CE; STC 137/1997, FJ 2).» La sentencia, citando los pronunciamientos de la STC 173/2002, concluye que el asunto muestra un caso de exceso de jurisdicción y que «el órgano judicial ha preterido nuevamente el sistema de fuentes existente relativo al control de normas, tanto por negarse a aplicar los artículos 163 de la Constitución (cuestión de inconstitucionalidad) y 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (cuestión prejudicial), 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 efectiva indefensión.»

- c) Finalmente, el propio Tribunal Constitucional, si bien enlazando su pronunciamiento a la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se ve obligado a actuar de intérprete del Derecho comunitario para determinar cuándo, a pesar del matiz introducido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, debía entenderse en todo caso obligatorio presentar la cuestión prejudicial conforme al artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea. Así, la sentencia, en su fundamento 13, señala que «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 artículo 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 (11).» La sentencia, en fin, declaró la nulidad de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por haber causado la vulneración del derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión y del derecho a un proceso con todas las garantías y retrotrajo las actuaciones al momento procesal inmediatamente anterior a dictarla, lo cual obliga a dicho Tribunal a presentar la cuestión prejudicial si quiere conservar alguna posibilidad de mantener su pronunciamiento contrario a la aplicación de la norma nacional.

(11) La sentencia cita en apoyo de su pronunciamiento las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 24 de junio de 1969, asunto *Milch—, Fett- und Eierkontor*, 29/68; y de 11 de junio de 1987, asunto *Pretori di Salò*, 14/86. Sin embargo, estas sentencias no señalan la existencia de una obligación de los órganos judiciales nacionales de acudir en todo caso al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, sino que solamente abren a dichos órganos judiciales la facultad de presentar una segunda cuestión prejudicial sobre la misma norma de Derecho comunitario que haya motivado una cuestión prejudicial anterior del mismo órgano judicial si la interpretación dada por el Tribunal de Justicia a dicha norma con ocasión de la resolución de tal cuestión prejudicial no es suficientemente clara. Por el contrario, las sentencias citadas manifiestan que, en tales casos, «la interpretación dada por el Tribunal de Justicia vincula a aquellas jurisdicciones, pero que les pertenece juzgar si su duda queda suficientemente aclarada por la decisión prejudicial dictada, o si les resulta necesario acudir de nuevo al Tribunal.»

IV. Conclusiones y cuestiones abiertas por la STC 58/2004

Como se ve, la STC 58/2004 introduce matices de considerable interés a la doctrina sobre la forma de aplicar a casos concretos la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional, sobre la presentación de la cuestión prejudicial y sobre la vinculación de la decisión de no presentar la cuestión prejudicial al derecho a la tutela judicial efectiva. Ciertamente, por otra parte, la sentencia aparece muy predeterminada por las peculiares circunstancias del caso que resuelve, ya que la sentencia anulada era un pronunciamiento aislado en medio de una serie de sentencias de otros órganos judiciales que, antes o después de dicha sentencia, y sobre la base de dos pronunciamientos dictados por el Tribunal de Justicia mediante cuestión prejudicial, habían considerado, de forma unánime, que la regulación nacional de la tasa sobre el juego era compatible con el Derecho comunitario, y, además, se trataba de una sentencia no susceptible de recurso, pero, aun con todo ello, deben resaltarse varias cuestiones interesantes.

En primer lugar, la sentencia establece una doctrina que, sin duda, limita el margen de discrecionalidad judicial a la hora de decidir sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial. La importancia del caso resalta si se compara con la solución que dio el Tribunal Constitucional en su STC 159/1997 al caso *Vidacar*. Se trataba entonces de un recurso de amparo contra la sentencia de un Tribunal Superior de Justicia que no había planteado cuestión de inconstitucionalidad contra la misma Ley 5/1990 por considerar que no era posible mantener tacha de inconstitucionalidad alguna frente a dicha ley, resultando que otros órganos judiciales sí habían planteado dicha cuestión de inconstitucionalidad y que el propio Tribunal Constitucional terminó declarando la inconstitucionalidad del artículo 38.2.2 de aquélla por vulnerar el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). En este caso, el Tribunal Constitucional consideró que la decisión de plantear la cuestión de inconstitucionalidad pertenecía a la discrecionalidad del órgano judicial y que, por lo tanto, el Tribunal Superior de Justicia no había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (12). En fin, la conclusión es la siguiente: si un órgano judicial no plantea la cuestión de inconstitucionalidad frente a una ley y resuelve un asunto aplicando aquélla, incluso aunque otros órganos judiciales la hayan planteado y aunque el Tribunal Constitucional haya entendido posteriormente que dicha ley es inconstitucional, no cabe aducir el derecho a la tutela judicial efectiva porque la decisión sobre la presentación de la cuestión de inconstitucionalidad debe ser adoptada autó-

(12) J. P. URÍAS MARTÍNEZ; «Separación de procesos y tutela ante el Tribunal Constitucional (Comentario a la STC 159/1997)», *REDC*, 53 (1998), 267 y ss.

nomamente por el Juez; pero, si se trata de un órgano judicial que no ha aplicado una ley nacional por considerarla incompatible con el Derecho comunitario, en el caso de que haya otras sentencias de otros órganos judiciales que hayan considerado compatibles dichas normativas, el órgano judicial está obligado a presentar la cuestión prejudicial y, si no lo hace, vulnera el derecho a la tutela judicial de los perjudicados por su decisión. El Tribunal Constitucional proporciona, así, una especie de «deferencia» a la ley nacional en relación con el Derecho comunitario.

Ciertamente, los casos que resuelven las SSTC 159/1997 y 58/2004 tienen una importante diferencia: en la primera se recurría una sentencia que había aplicado una ley, aun frente a la tacha de inconstitucionalidad que habían alzado frente a ella varios Tribunales mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad; en la segunda, por el contrario, se recurre una sentencia que ha dejado sin aplicar una ley, al entender que era contradictoria con el Derecho comunitario. Obviamente, el Tribunal Constitucional ha señalado repetidamente que, antes de dejar sin aplicar una ley por motivos de inconstitucionalidad, el órgano judicial debe presentar la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, al contrario de lo que ocurre cuando un órgano judicial considera que una ley es inconstitucional, en el caso de que el problema suscitado sea la contradicción de una ley nacional con una norma de Derecho comunitario el planteamiento de la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas queda, en principio, a la discreción de aquél, salvo el caso de que el órgano judicial interno considerara inaplicable la norma de Derecho comunitario, en el cual, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, debe presentar necesariamente la cuestión prejudicial, y que, si bien el artículo 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea señala que aquél deberá presentar necesariamente la cuestión prejudicial cuando sus decisiones no puedan ser objeto de ulterior recurso judicial en Derecho interno, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha relativizado esta obligación y ha dado entrada también a la discrecionalidad del órgano judicial, que puede evitar el planteamiento de la cuestión prejudicial en estos casos, según dicha jurisprudencia, cuando, a su juicio, la correcta aplicación del Derecho comunitario se imponga de manera evidente y sin dejar lugar a duda.

En segundo lugar, la sentencia, por más que el Tribunal Constitucional pueda seguir proclamando en abstracto la separación estricta entre el plano de la constitucionalidad y el del Derecho comunitario, en la práctica supone la aceptación de que ambos planos pueden estar vinculados en la realidad, de que una aplicación inadecuada del Derecho comunitario puede conllevar también la vulneración de la Constitución y de que, en consecuencia, el Tribunal Constitucional, en ocasiones, tendrá que entrar en

la interpretación de normas de Derecho comunitario para determinar si como consecuencia de su aplicación se ha producido, simultáneamente, una vulneración de la Constitución.

Realmente, la doctrina de la separación entre el plano constitucional y el plano del Derecho comunitario no se sostiene, en la práctica, con la contundencia que el Tribunal Constitucional la ha proclamado en varias ocasiones. En efecto, dicha doctrina ha sufrido varios resquebrajamientos provocados por sentencias del propio Tribunal Constitucional que han tenido que emplear normas de Derecho comunitario como elementos interpretativos en casos en los que lo hiciera necesario la relación de aquéllas con asuntos que el Tribunal Constitucional debiera resolver. Así, las normas de Derecho comunitario han sido aplicadas para resolver un caso relativo a la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley del artículo 14 de la Constitución (STC 130/1995, FFJJ 4 y 5, que cuenta con antecedentes en las SSTC 28/1991, FJ 5, y 64/1991, FJ 4, que admitieron la posibilidad de tener en cuenta el Derecho comunitario para interpretar el contenido de los derechos fundamentales a través del artículo 10.2 de la Constitución) o para determinar la interpretación de conceptos que haya sido necesario utilizar para resolver controversias competenciales, especialmente cuando las normas nacionales recurridas han sido desarrollo de normas de Derecho comunitario (SSTC 236/1991, FJ 10, 13/1998, FJ 4, 128/1999, FJ 9, 208/1999, FJ 4, y 45/2001, FJ 7). La principal novedad de la STC 58/2004 reside en que por primera vez admite que los problemas relativos a la aplicación del Derecho nacional en el marco del Derecho comunitario afectan al sistema de fuentes y que, por lo tanto, pueden generar vulneraciones del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

Con ello, además, la sentencia aporta otra novedad, que consiste en entender que también las resoluciones de los órganos judiciales nacionales que aplican Derecho comunitario, en tanto que actos de un poder público nacional, pueden ser recurridas al Tribunal Constitucional si de ellas se deriva la lesión de un derecho fundamental protegido por el recurso de amparo. Hasta el momento de dictar la STC 58/2004, el Tribunal Constitucional había venido considerando en asuntos en los que entraban en juego cuestiones relativas a la aplicación del Derecho comunitario que su control sobre la selección de la norma aplicada por el órgano judicial nacional sólo podía producirse si se había tratado de una selección arbitraria o manifiestamente irrazonable o había sido efecto de un error patente, pero no se había decidido a entrar a apreciar la posible concurrencia de estos vicios en la decisión de los órganos judiciales de no presentar la cuestión prejudicial, al entender, como señaló la STC 180/1993, FJ 2, que, «sin perjuicio de que el artículo 177 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (precedente del actual artículo 234 del Tratado

constitutivo de la Comunidad Europea), alegado por los recurrentes, pertenece al ámbito del Derecho comunitario y no constituye, por sí mismo, canon de constitucionalidad (SSTC 28/1991 y 64/1991), ninguna vulneración existe de los derechos garantizados por el artículo 24.1 de la Constitución cuando el Tribunal estima que no alberga dudas sobre la interpretación que había de darse a la Directiva 80/987/CEE ni sobre su inaplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio. A semejanza de lo que acontece en las cuestiones de inconstitucionalidad (SSTC 17/1981, 133/1987 y 119/1991), la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde, de forma exclusiva e irrevisable, al órgano judicial, y no impide la defensa del derecho fundamental de las partes ante este Tribunal ya que éstas disponen, a tal fin, del recurso de amparo.» Bien es cierto que, en el asunto resuelto por la sentencia citada, la alegación de las partes se refería a haber dejado sin aplicar el órgano judicial que conoció de aquél en última instancia una norma comunitaria, en concreto, la Directiva 80/987/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas.

Las implicaciones de la nueva doctrina sentada por la STC 58/2004 son de gran importancia. Para empezar, si un órgano judicial deja sin aplicar una ley nacional por una supuesta contradicción con normas de Derecho comunitario, sin que exista realmente dicha contradicción, estaría alterando el sistema de fuentes y, con ello, estaría lesionando el derecho a la tutela judicial efectiva, pero, ¿qué ocurriría si el órgano judicial aplicara una ley nacional que fuera contradictoria con el Derecho comunitario? Agravando el caso, ¿qué ocurriría, en tal caso, si la decisión del órgano judicial no tuviera en cuenta siquiera una posible sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas recaída en una cuestión prejudicial relativa a la manera de interpretar y aplicar la norma de Derecho comunitario con la cual dicha ley nacional fuera confrontada? Aplicando la misma doctrina, parece que también tal resolución judicial quebraría el sistema de fuentes, teniendo en cuenta el principio de primacía del Derecho comunitario, y, por lo tanto, vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva, pero, para estimar la existencia de dicha vulneración en estos términos, el Tribunal Constitucional debería entrar a interpretar la norma de Derecho comunitario y tendría que asumir que también él se puede convertir en guardián del Derecho comunitario, justamente lo que hasta ahora ha venido intentando evitar expresamente.

El Tribunal Constitucional, sin embargo, ha encontrado en la STC 58/2004 un instrumento apto para evitar tener que entrar a interpretar el Derecho comunitario a efectos de comprobar si la decisión judicial de no aplicar una ley por su supuesta contradicción con una norma comunitaria tiene o no un fundamento suficiente desde la perspectiva de la necesidad de respetar el sistema de fuentes que se deriva del reconocimiento cons-

titucional del derecho a la tutela judicial efectiva. Tal instrumento es la cuestión prejudicial. Efectivamente, en la STC 58/2004 el Tribunal Constitucional no achaca la preterición del sistema de fuentes directamente a la decisión de no aplicar la ley nacional a causa de su supuesta contradicción con una directiva comunitaria, sino a la omisión por parte del órgano judicial de su deber de presentar la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas antes de decidir no aplicar la ley para resolver el caso sometido a su enjuiciamiento. Con ello, la cuestión prejudicial pasa a ser considerada como una garantía procesal integrante del derecho a la tutela judicial efectiva y establecida con el fin de salvaguardar el sistema de fuentes. De este modo, la preterición del sistema de fuentes se producirá, indirectamente, como consecuencia de la omisión del deber de presentar la cuestión prejudicial previamente a adoptar cualquier resolución que implique dejar sin aplicación una ley cuando se den los supuestos que el Tratado constitutivo de las Comunidades Europeas y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia han entendido que determinan la obligación por parte del órgano judicial nacional de presentar dicha cuestión prejudicial, a semejanza de lo que ocurre cuando un órgano judicial decide no aplicar una ley al considerarla inconstitucional sin presentar previamente la cuestión de inconstitucionalidad.

Todo lo anterior supone que el Tribunal Constitucional pasa a erigirse en guardián, al menos, de lo dispuesto en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia respecto a los supuestos que obligan a los Jueces nacionales a plantear la cuestión prejudicial. E, indirectamente puede terminar erigiéndose, también, en guardián de la aplicación de normas de Derecho comunitario sustantivo. Este vuelco en el entendimiento que el Tribunal Constitucional tiene de su papel en relación con el Derecho comunitario se percibe claramente si se tienen en cuenta los supuestos en los que un Juez nacional puede haber hecho omisión de su deber de aplicar una norma comunitaria sin haber presentado previamente la cuestión prejudicial. En estos casos, como señalamos anteriormente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha establecido que el Juez nacional debe necesariamente presentar la cuestión prejudicial antes de desechar la aplicación de la norma comunitaria. Desde la perspectiva dominante hasta el momento en el Tribunal Constitucional, la controversia sobre la decisión del Juez que, autónomamente, hubiera decidido no aplicar una norma comunitaria pertenecería meramente al terreno de la aplicación del Derecho comunitario, pero, a partir del momento en el que el Tribunal Constitucional considera que la presentación de la cuestión prejudicial es una garantía procesal dirigida a salvaguardar la correcta aplicación del sistema de fuentes, el Tribunal Constitucional debería entrar también en el examen de estos casos, para considerar que la deci-

sión del Juez nacional de no aplicar una norma de Derecho comunitario sin presentar previamente la cuestión prejudicial vulnera el derecho a la tutela judicial sin indefensión y el derecho a un proceso con todas las garantías. En estos términos, no podría repetirse, en un caso como éste, la solución que, según hemos visto, dio la STC 180/1993.

De hecho, la cuestión prejudicial es contemplada en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como un instrumento de salvaguardia de la efectiva y homogénea aplicación del Derecho comunitario en el ámbito europeo. Paradójicamente, la STC 58/2004 lleva la línea de asimilar la cuestión prejudicial a la cuestión de inconstitucionalidad a un extremo tal que acaba incurriendo en un salto lógico, ya que, sin aparente dificultad, pasa a considerar la primera como lo contrario de lo que es, es decir, como un instrumento de salvaguardia de la aplicación de la ley nacional, incluso frente a determinadas interpretaciones de normas de Derecho comunitario. Esto explica, también, que el Tribunal Constitucional ponga el acento casi exclusivamente en contrastar la sentencia recurrida con la jurisprudencia nacional sobre el tema, cuando, de haber partido de un entendimiento correcto del sentido de la cuestión prejudicial, debería haber contrastado la sentencia, primordialmente, con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. De hecho, la misma asimilación de la cuestión prejudicial a la cuestión de inconstitucionalidad se encuentra en otro error lógico de la STC 58/2004, que se deriva del argumento según el cual el exceso de jurisdicción y la preterición del sistema de fuentes generadores de la indefensión del recurrente que dicha sentencia aprecia se habría producido tanto por la no presentación de la cuestión prejudicial por parte del órgano judicial, como por haber dejado aquél de presentar la cuestión de inconstitucionalidad contra la ley cuya aplicación omitió. Realmente, no tiene sentido esta alusión a la obligación de presentar la cuestión de inconstitucionalidad en un asunto en el que no se discutía la constitucionalidad de la ley que dejó sin aplicar el órgano judicial, sino su conformidad con una directiva comunitaria.

Sea como sea, el Tribunal Constitucional, con la STC 58/2004, no hace más que incorporarse a la dirección que comenzó a marcar el Tribunal Constitucional Federal alemán en su sentencia de 9 de noviembre de 1987, que admitió la posibilidad de estimar una vulneración del derecho fundamental al Juez legal (art. 10.1.2 de la Ley Fundamental) en los casos en los que la no presentación de la cuestión prejudicial por parte del órgano judicial interno adoleciera del mismo defecto de arbitrariedad que, de acuerdo con la jurisprudencia de dicho Tribunal, debe conducir a la estimación de la existencia de una vulneración de tal derecho debida a las resoluciones judiciales en la generalidad de los casos. Ahora bien, el pro-

pio Tribunal Constitucional Federal alemán, en este caso, admitió que había que tomar en consideración el Derecho comunitario y las obligaciones derivadas de los Tratados comunitarios para calibrar la posible existencia de arbitrariedad en la resolución de un órgano judicial que no hubiera presentado la cuestión prejudicial. De este modo, el Tribunal Constitucional Federal consideró como casos típicos de un desconocimiento arbitrario de la obligación de plantear la cuestión prejudicial, en primer lugar, aquéllos en los que el Tribunal de última instancia no se plantea en absoluto la cuestión prejudicial, pese a la, según su criterio, importancia del problema de Derecho comunitario para la sentencia y pese a que él mismo abrigue dudas respecto a la respuesta correcta a la cuestión, caso este en el que la arbitrariedad se produce, precisamente, por el incumplimiento de la obligación fundamental derivada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de presentar la cuestión prejudicial; en segundo lugar, aquéllos en los que el Tribunal de última instancia, conscientemente, se separa en su sentencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la cuestión debatida y no plantea la cuestión prejudicial, o no la plantea de nuevo, caso en el que la resolución judicial sería constitutiva de arbitrariedad *per se*; y, finalmente aquéllos en que no existe jurisprudencia sobre una cuestión de Derecho comunitario relevante para el fallo, o en que, aun existiendo tal jurisprudencia, ésta no contesta exhaustivamente la cuestión, o en que un nuevo desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas aparece como algo más que una lejana posibilidad. En este último supuesto sólo se produciría una vulneración de la obligación fundamental de presentar la cuestión prejudicial cuando el Tribunal de última instancia traspasara de manera insostenible el necesario ámbito de estimación que le está encomendado en estos casos, como, según el propio Tribunal Constitucional federal, se produce cuando posibles posiciones contrarias sobre la cuestión de Derecho comunitario relevante para el fallo son claramente preferibles a la opinión sostenida por el Juez (13).

(13) *Vid.* J. M. BAÑO y R. ALONSO GARCÍA; cit., págs. 204 y s., y, para una perspectiva más completa sobre la posición de las distintas jurisdicciones nacionales sobre el tema, M. JIMENO BULNES; ob. cit., págs. 324 y ss. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 9 de enero de 2001, sobre el asunto *Rinke*, que ha alcanzado una cierta fama en la doctrina que se ha ocupado de este tema. En el caso, una médico especialista había fracasado en su intento de lograr el reconocimiento como médico general tras haber completado un período de prácticas a tiempo parcial. Su solicitud fue denegada en aplicación de dos directivas comunitarias (la 86/457 y la 93/16) que exigían un período de prácticas a tiempo completo, pero la recurrente alegó que la exigencia del período de prácticas a tiempo completo contradecía la Directiva 76/207, relativa a la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Desestimado su recurso contencioso-administrativo sin que se llegara a plantear siquiera la cuestión prejudicial, la recurrente presentó su queja constitucional al Tribunal Constitucional Federal, que en su sentencia otorgó a

La diferencia del Tribunal Constitucional español con el alemán es que aquél no ha enfocado el examen del asunto que resuelve la STC 58/2004 desde la perspectiva de si la sentencia recurrida del Tribunal de Justicia de Cataluña incurría en arbitrariedad o irrazonabilidad y ha preferido confrontar la solución dada por dicho órgano judicial con la necesidad de respetar el sistema de fuentes que se deriva del artículo 24 de la Constitución. Para el Tribunal Constitucional, la decisión del órgano judicial de no aplicar la ley sin presentar previamente la cuestión de inconstitucionalidad o la cuestión prejudicial incurre en un exceso de jurisdicción, pero este defecto es el producto de la preterición del sistema de fuentes que aquél advierte en su sentencia.

Finalmente, podemos encontrarnos casos en los que ni siquiera acudiendo a la cuestión prejudicial el Tribunal Constitucional se liberaría de la necesidad de examinar actos de Derecho comunitario para determinar, en su confrontación con leyes nacionales, si se ha respetado el sistema de fuentes o no se ha respetado, con la consiguiente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Volviendo a supuestos ya esbozados anteriormente, ¿qué habría ocurrido en un caso donde el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea hubiera resuelto previamente, al decidir sobre una cuestión prejudicial, que una norma comunitaria debería ser interpretada en un sentido contrario a lo dispuesto en una ley nacional si, posteriormente, en un caso idéntico, un órgano judicial nacional decide aplicar la ley española?

aquella el amparo tomando en consideración, primero, que el Tribunal Federal Administrativo no había tenido en cuenta la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la colisión entre directivas y había resuelto, por el contrario, sin plantear la cuestión prejudicial, aplicando criterios interpretativos nacionales como los de *lex posterior* y *lex specialis* y omitiendo que diferentes ordenamientos jurídicos pueden utilizar distintos criterios de interpretación, y, segundo, que aquel Tribunal no habría prestado atención, tampoco, a la consideración que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas da al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres como principio fundamental del Derecho comunitario, vinculante para las instituciones comunitarias a la hora de legislar. Por el contrario, la sentencia desestimó la alegación de la recurrente relativa a la posible vulneración de su derecho a la igualdad —art. 3.3 de la Ley Fundamental—, al reiterar su doctrina de que el Derecho comunitario no puede ser utilizado por la justicia constitucional como medida o parámetro de los derechos fundamentales.

Por cierto, en el asunto *Rinke*, una vez planteada por el Tribunal Administrativo Federal la cuestión prejudicial, tras la anulación de su sentencia anterior por el Tribunal Constitucional Federal, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en sentencia de 9 de septiembre de 2003, ha entendido que la medida de exigir un determinado número de periodos de formación a tiempo completo para el ejercicio efectivo de la medicina general, prevista en los artículos 5 de la Directiva 86/457 y 34 de la Directiva 93/16, puede considerarse adecuada para alcanzar los objetivos perseguidos, esto es, permitir al médico adquirir la práctica necesaria en el seguimiento de la evolución de las patologías de los pacientes y acumular suficiente experiencia en las distintas situaciones que se pueden presentar, y que la Directiva 76/207, sobre prohibición de discriminación por razón de sexo, iba dirigida a los Estados, no al Consejo, si bien el Tribunal aprovecha también para insistir en que el cumplimiento de la prohibición de las discriminaciones indirectas por razón de sexo constituye un requisito para la legalidad de cualquier acto adoptado por las instituciones comunitarias. *Vid.* M. RODRÍGUEZ-PIÑERO; «Cuestión prejudicial, derecho a la tutela judicial efectiva y primacía del principio de no discriminación sobre el Derecho comunitario derivado», *Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría y Práctica*, II (2003), 77 y ss.

Un caso como éste redundaría en una omisión de la obligación de aplicar la norma comunitaria, ante lo cual el Tribunal de Justicia ha considerado de obligada presentación la cuestión prejudicial. Al mismo tiempo, al quedar aquella configurada en la STC 58/2004 como instrumento para la garantía del sistema de fuentes, su no planteamiento en este caso supondría una vulneración del derecho a la tutela judicial y del derecho a un proceso con todas las garantías, pero en este caso el Tribunal Constitucional tendría que contrastar lo dispuesto en la sentencia del órgano judicial nacional con lo establecido en la del Tribunal de Justicia, con lo cual el Tribunal Constitucional termina convirtiéndose en intérprete de las sentencias del Tribunal comunitario. En efecto, si un recurrente alegase en el recurso de amparo la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva por preterición del sistema de fuentes por un motivo como el expuesto, el Tribunal Constitucional tendría necesariamente que tomar en consideración e interpretar el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al resolver la cuestión prejudicial para contrastarlo con el del órgano judicial nacional, ya que esto sería paso previo necesario para determinar la posible existencia de una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, que provendría de la incompatibilidad entre la sentencia del Tribunal de Justicia y la sentencia del órgano judicial nacional, y habría de anular la sentencia del órgano judicial nacional si se apartara de forma irrazonable o arbitraria de la argumentación o del fallo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En todo caso, con la argumentación de la STC 58/2004 ya no sería posible una sentencia como la 45/1996, que admitió la interpretación dada por varios órganos judiciales al artículo 601 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 1881, sin presentación de la cuestión prejudicial, y aun existiendo varias sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas contradictorias con dicha interpretación.

Incluso, podríamos plantearnos el caso de un órgano judicial nacional que, tras haber planteado la cuestión prejudicial y haber recibido respuesta a ella, en su sentencia se aparte de la argumentación de la decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y decida aplicar la ley nacional en contradicción con lo dispuesto por aquél. Nuevamente se habría producido una vulneración del derecho a la tutela judicial del perjudicado por el fallo de la sentencia del órgano nacional, por falta de respeto al sistema de fuentes, que obliga a aplicar el Derecho comunitario con primacía sobre el Derecho nacional (14), por lo que el Tri-

(14) El auto del Tribunal Constitucional Federal alemán de 8 de abril de 1987 entiende que los órganos judiciales nacionales están obligados a seguir la interpretación mantenida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su respuesta a una cuestión prejudicial presentada en el mismo proceso y que, en el caso de que consideraran más correcto no seguir la respuesta dada por el Tribunal de Justicia, habrían de plantear ante él otra cuestión prejudicial antes de decidir, por su propia cuenta, separarse de lo indicado en la sentencia de aquél.

bunal Constitucional habría de llevar a cabo otra vez el contraste entre ambas sentencias para determinar la existencia de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

Además, el Tribunal Constitucional, si se va a erigir en órgano que controle las omisiones de planteamiento de la cuestión prejudicial, deberá tener en cuenta la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que permite al órgano judicial resolver directamente, sin presentar aquélla, cuando la interpretación de la norma de Derecho comunitario esté suficientemente clara, bien por haber sido aclarada previamente por alguna sentencia del Tribunal de Justicia, bien porque el sentido de su texto resalte con especial evidencia, con lo cual en el futuro puede verse obligado a contrastar sentencias del Tribunal de Justicia con sentencias de los órganos judiciales nacionales para determinar si estos últimos se han apartado de la interpretación de las normas comunitarias fijada por el primero, o, incluso, a entrar directamente en la interpretación de normas de Derecho comunitario sustantivo a efectos de comprobar, contrastándolas con leyes españolas que los órganos judiciales nacionales pudieran haber dejado sin aplicar por su supuesta contradicción con aquéllas, si realmente la interpretación deducida por los órganos judiciales se impone con la suficiente claridad como para descartar la presentación de la cuestión prejudicial.

Para ilustrar el primero de los supuestos que se acaban de indicar es suficiente el texto de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña objeto del recurso de amparo resuelto por la STC 58/2004. En aquella sentencia el órgano judicial manifiesta en varias ocasiones no tener duda respecto a la interpretación del Derecho comunitario de la que parte y, asimismo, cita la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de junio de 1997 que resuelve las tres cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia Nacional sobre la posible vulneración del artículo 33 de la Directiva 77/378/CEE del Consejo de 17 de mayo de 1977 por la Tasa fiscal que grava las máquinas recreativas. El Tribunal Constitucional ha centrado su argumentación en la contradicción que se da en este caso entre la interpretación del Derecho Comunitario que hace el Tribunal Superior de Justicia y la que han llevado a cabo sentencias de otros órganos judiciales nacionales, dando por supuesto que estas últimas sentencias aplican correctamente lo dispuesto en la citada sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (15). A este respecto, hay que recordar la paradoja que resulta del hecho de que el Tribunal

(15) La sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 10 de mayo de 2001, también en un asunto relativo a la no presentación de la cuestión prejudicial, ha señalado que podría considerarse irrazonable la decisión del órgano judicial de última instancia de no plantear aquélla si existieran opiniones jurídicas contrarias a la del Juez manifiestamente mejor fundadas.

Constitucional ponga tanto énfasis en contrastar la sentencia recurrida con la jurisprudencia nacional sobre el tema, cuando, de haber partido de un entendimiento correcto del sentido de la cuestión prejudicial, como instrumento para asegurar la aplicación homogénea del Derecho comunitario, y no como garantía de la aplicación del Derecho nacional, debería haber contrastado la sentencia, primordialmente, con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Pero, incluso admitiendo esta forma de razonar, el Tribunal Constitucional se habría visto obligado a contrastar la compatibilidad de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña con la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso de que no existieran los pronunciamientos de los órganos judiciales nacionales de los que ha echado mano en su sentencia.

El segundo de los casos que se han sugerido se produciría si no existiera siquiera sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas relativa a la interpretación de los artículos de una norma comunitaria con la cual algún órgano judicial hubiera entendido que una ley nacional entra en conflicto, a efectos de dejar sin aplicar ésta sin presentar previamente cuestión prejudicial, incluso en caso de que frente a la sentencia del órgano judicial nacional no quepa recurso alguno, al entender que la interpretación de la norma comunitaria es suficientemente clara. En tal caso, el Tribunal Constitucional no tendrá más remedio que entrar a valorar si la interpretación hecha por el órgano judicial de la norma de Derecho comunitario de la que se haya servido para no aplicar una ley española se impone, realmente, con la claridad que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas requiere para relevarlo de su obligación de presentar la cuestión prejudicial. Lo que plantea otro problema, ya que el criterio de ponderar la claridad de la interpretación no es coincidente con el que el Tribunal Constitucional suele utilizar para valorar el respeto al derecho a la tutela judicial de la argumentación expresada en las sentencias, esto es, el de examinar si dicha argumentación puede ser considerada irrazonable o arbitraria. ¿Entrará el Tribunal Constitucional a determinar si una determinada interpretación de normas de Derecho comunitario se impone con la suficiente claridad, con lo cual estaría entrando indirectamente en la interpretación de dicha norma, o admitirá toda interpretación considerada suficientemente clara por los órganos judiciales nacionales siempre que justifiquen este hecho de una manera que no sea irrazonable o arbitraria (16)? Sea como sea, todo aboca a que, en el

(16) El Tribunal Constitucional Federal alemán desestimó en su sentencia de 10 de mayo de 2001 una queja constitucional presentada por dos asociaciones para la protección de la naturaleza que pretendían la protección de unos humedales, protegidos por dos directivas, frente a la ampliación de una planta de producción de Industrias Airbus. Los órganos judiciales competentes en el asunto entendieron que aquellas asociaciones no tenían legitimación en los procesos correspondientes y el

futuro, el Tribunal Constitucional no tendrá más remedio que admitir su competencia para interpretar normas de Derecho comunitario, ya que de ello, de forma creciente, puede depender la salvaguardia del derecho a la tutela judicial efectiva de las partes en los procesos ante órganos judiciales nacionales en los que deban aplicarse dichas normas.

Algunos de los supuestos planteados posiblemente pequen de un cierto academicismo, ya que no creemos que sea descabellado aventurar que, en adelante, el Tribunal Constitucional interpretará, en la práctica, que cada vez que un órgano judicial considere que una ley nacional es incompatible con una norma de Derecho comunitario deberá plantear la cuestión prejudicial, como garantía inherente al respeto al sistema de fuentes, antes de resolver el asunto dejando sin aplicar la norma interna. A pesar de todos los matices indicados previamente, no es difícil ver en la STC 58/2004 que el Tribunal Constitucional ha considerado la relación ley-cuestión prejudicial-Derecho comunitario de forma equivalente a la relación ley-cuestión de inconstitucionalidad-Constitución. Al afirmar que un órgano judicial nacional, como regla general, no puede dejar sin aplicar una ley cuando la considere contraria a una norma de Derecho comunitario sin plantear previamente la cuestión prejudicial y que es competente para controlar los casos en que tal hecho se produzca y para declarar que, en tales supuestos, se ha producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por preterición del sistema de fuentes, el Tribunal Constitucional está trasladando a estos casos la doctrina establecida para los casos en los que los órganos judiciales dejan sin aplicar leyes al considerarlas contrarias a la Constitución sin plantear previamente la cuestión de inconstitucionalidad. Desde nuestros esquemas habituales, el caso de la STC 58/2004 no resulta especialmente complicado porque trataba de un supuesto en el que el órgano judicial había dejado sin aplicar una ley nacional, pero, ¿qué ocurriría si el órgano judicial decidiera aplicar la ley nacional sin presentar la cuestión prejudicial, por considerar evidente que aquélla no contradice lo dispuesto en normas de Derecho comunitario, si la parte perjudicada en sus intereses por el fallo alegara que la interpretación de la norma de Derecho comunitario hecha por el órgano judicial no es correcta? Seguramente, cuando el resultado

Tribunal Constitucional Federal, aparte de repetir su no condición de Tribunal de apelación, sostuvo que, en el caso de que no hubiera una jurisprudencia clara del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sobre la cuestión en litigio y de que fuera razonable la posibilidad de un desarrollo de dicha jurisprudencia en una determinada dirección, el derecho al Juez legal sólo quedaría vulnerado si el Tribunal de última instancia actuara de manera irrazonable, lo que podría suceder si existieran opiniones jurídicas contrarias a la de aquél manifiestamente mejor fundadas. En el caso, el Tribunal Constitucional Federal entendió que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas presentada por las asociaciones recurrentes para fundamentar su legitimación no alcanzaba a demostrar que sus argumentos fueran claramente preferibles a los de los Tribunales nacionales. *Vid.*, a este respecto, R. ALONSO GARCÍA; *El Juez español...*, ob. cit., págs. 284 y s.

de la interpretación de la norma de Derecho comunitario por el órgano judicial sea declarar la ley nacional conforme con aquella el Tribunal Constitucional no va a exigir con el mismo grado de automatismo que aquél plantee la cuestión prejudicial con carácter previo a resolver el fallo, con lo cual, en la práctica, la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que permite a los órganos judiciales no presentar la cuestión prejudicial cuando la interpretación de la norma de Derecho comunitario que vayan a aplicar sea suficientemente clara terminaría siendo de aplicación sólo cuando la interpretación evidente del Derecho comunitario tenga el resultado de declarar la ley nacional conforme con aquél, pero no en el caso inverso. De hecho, por ejemplo, el factor que diferencia el caso resuelto por la STC 58/2004 y los resueltos por SSTC como la 180/1993 y la 45/1996 es que, en el primer caso, lo que el órgano judicial nacional dejó sin aplicar fue la ley y, en el segundo, las alegaciones de los recurrentes versaban sobre la falta de aplicación de normas y jurisprudencia comunitarias. De todos modos, y aun previendo la reticencia que, seguramente, tendrá el Tribunal Constitucional a entrar en la interpretación de normas de Derecho comunitario en casos como éste, no puede descartarse que el Tribunal Constitucional, utilizando la línea argumental inaugurada por la STC 58/2004, decida estimar la existencia de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en estos últimos casos si aprecia que la interpretación llevada a cabo por el órgano judicial de la norma de Derecho comunitario ha sido irrazonable o arbitraria y si no ha presentado la cuestión prejudicial antes de resolver.

