

# EL RECURSO DE AMPARO FRENTE A LA NEGATIVA A PLANTEAR LA CUESTION PREJUDICIAL ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA

RICARDO ALONSO GARCIA  
y JOSE MARIA BAÑO LEON

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ARTÍCULO 177 DEL TCEE Y SU INCUMPLIMIENTO POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES INTERNOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO.—III. EL PANORAMA DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EN EL DERECHO ALEMÁN: LA GARANTÍA DEL JUEZ LEGAL COMO TÉCNICA CONSTITUCIONAL DE DEFENSA FRENTE A INFRACCIONES DEL ART. 177 DEL TCEE: 1. *El presupuesto del recurso: el juez comunitario como juez legal. Sus consecuencias. Aplicación de la doctrina general sobre la interpretación del artículo 101 (1) GG.* 2. *La desviación del juez interno de las decisiones del TJCE como supuesto del derecho al juez legal: su reconocimiento en la Resolución de 8 de abril de 1987 del TCFA.*—IV. EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL Y EL ARTÍCULO 24 CE CON RELACIÓN AL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL COMUNITARIA: 1. *El derecho a la tutela judicial efectiva. «Excursus» sobre su valor con relación al planteamiento por el juez ordinario de la cuestión de inconstitucionalidad.* 2. *El derecho al juez predeterminado por la ley.*

## I. INTRODUCCION

El artículo 177 del Tratado CEE regula el mecanismo de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, destinado a resolver las dudas de los órganos jurisdiccionales internos en la aplicación del Derecho comunitario.

Nos interesa en este estudio analizar si un particular puede pedir el amparo del Tribunal Constitucional cuando una resolución judicial interna, que pone fin a la vía procesal ordinaria, no ha planteado, debiendo hacerlo, la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en adelante, TJCE).

El trabajo se estructura en tres apartados. El primero, dedicado al análisis del artículo 177 tal y como ha sido interpretado por el TJCE, así como las consecuencias que, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico comuni-

tario, puede tener el incumplimiento del citado precepto por los Tribunales internos.

El segundo, centrado en el estudio de la jurisprudencia constitucional alemana en torno a si, desde el plano puramente interno, el incumplimiento del artículo 177 por los jueces alemanes es susceptible de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por violación del derecho fundamental al «juez legal».

Finalmente, el tercero, dedicado al Derecho español, analiza el artículo 24 CE como cauce para pedir amparo contra decisiones de los Tribunales españoles que incumplan el artículo 177 TCEE; para ello, dada su similitud con la cuestión prejudicial, se estudiará igualmente cuáles son las consecuencias que en nuestro ordenamiento tiene, a los efectos de un recurso de amparo, el no planteamiento por los jueces ordinarios de la cuestión de inconstitucionalidad, con el fin de averiguar en qué medida la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la materia resulta aplicable al no planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria.

## II. EL ART. 177 DEL TCEE Y SU INCUMPLIMIENTO POR LOS ORGANOS JURISDICCIONALES INTERNOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL ORDENAMIENTO JURIDICO COMUNITARIO

Según el artículo 177 del TCEE,

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

- a) sobre la interpretación del presente Tratado;
- b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad;
- 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.»

Veamos la interpretación de tal precepto a la luz de la jurisprudencia del TJCE y las consecuencias, desde la exclusiva perspectiva del ordenamiento jurídico comunitario, que pueden derivarse de su incumplimiento por los órganos judiciales de los Estados miembros.

Aunque, como veremos más adelante, debe distinguirse entre cuestión prejudicial de interpretación y de validez (o invalidez), existen dos presupuestos comunes a ambas cuestiones: 1) debe existir una duda sobre la interpretación o validez del *Derecho comunitario*, y 2) la solución de dicha duda debe ser necesaria para resolver el litigio nacional.

Pues bien, debe señalarse a este respecto que ambos presupuestos han sido interpretados de una manera amplia y flexible por el TJCE.

Por lo que se refiere al segundo de ellos, ya el TJCE señaló en su sentencia Cilfit, de 6 de octubre de 1982 (283/81), sobre la que volveremos más adelante, que los órganos jurisdiccionales nacionales no están obligados a plantear la cuestión prejudicial «si no es pertinente, es decir, en el caso de que la respuesta a dicha cuestión, cualquiera que fuera, no pudiera tener ninguna influencia en la solución del litigio» (F. j. 10), lo que implica un amplio poder de apreciación del juez o Tribunal interno, sin que baste a este respecto las alegaciones de las partes.

En cuanto al primer presupuesto, si bien el TJCE ha señalado que en el marco del artículo 177 no es competente para pronunciarse sobre la interpretación, alcance o validez de la *normativa nacional* (1), ello no le ha impedido intentar extraer de las cuestiones formuladas por las jurisdicciones nacionales «aquellos 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» (2), o para permitirle apreciar los efectos de la normativa nacional (3), o para apreciar sin más la conformidad de la legislación estatal con el Derecho comunitario (4).

(1) Sentencia Milch-, Fett- und Eirkontor, de 24 de junio de 1969 (29/68), F. j. 31; sentencia Benedetti, de 3 de febrero de 1977 (62/76), F. j. 25; sentencia Kuyken, de 1 de diciembre de 1977 (55/77), F. j. 10.

(2) Sentencia SAIL, de 21 de marzo de 1972 (82/71), F. j. 3.º; sentencia Heineken, de 9 de octubre de 1984 (91 y 127/83), F. j. 10; sentencia Petrore de Turin, de 22 de septiembre de 1988 (228/87), F. j. 7.º

(3) Sentencia Hirardin, de 8 de abril de 1976 (112/75), F. j. 8.º

(4) Sentencia Foglia, de 16 de diciembre de 1981 (244/80), F. j. 26; sentencia Jongeneel Kass, de 7 de febrero de 1984 (237/82), F. j. 6.º

Esta jurisprudencia, por lo demás, se ha visto recientemente consolidada en la sentencia Firma Eau de Cologne, de 23 de noviembre de 1989 (150/88), en la que el TJCE sostuvo su competencia para aclarar al órgano jurisdiccional interno las cuestiones relativas a la compatibilidad de las disposiciones nacionales con el Derecho comunitario, incluso cuando aquéllas forman parte del ordenamiento jurídico de un Estado miembro que no es el del órgano remitente (F. j. 12) (5). Sentadas estas premisas, ya lo apuntábamos anteriormente, la lectura del artículo 177 varía según estemos ante una cuestión de interpretación o de validez.

Por lo que se refiere a esta última, tras un período de debate doctrinal (6) en torno a si los Tribunales nacionales podían o no dejar de aplicar por su propia autoridad, en el marco de un litigio interno, una norma comunitaria inmersa en algún vicio de invalidez, el TJCE zanjó la cuestión en su sentencia Foto-Frost, de 22 de octubre de 1987 (314/85), proclamando su *competencia exclusiva para declarar la invalidez de la normativa comunitaria*.

En efecto, tras recordar que «las competencias reconocidas al Tribunal por el artículo 177 tienen por objeto esencialmente asegurar una aplicación uniforme del Derecho comunitario por las jurisdicciones nacionales», el TJCE señaló que dicha exigencia de uniformidad «es particularmente imprecisa cuando se plantea la validez de un acto comunitario», ya que «diver-

---

(5) En efecto, planteada por el *Landgericht* de Colonia una cuestión prejudicial con el fin de aclarar la compatibilidad de la normativa italiana con la directiva 76/768, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de productos cosméticos, y frente a las alegaciones del Gobierno italiano, dudando de la corrección en el uso del procedimiento prejudicial al haberse planteado la cuestión en el marco de un litigio entre particulares «que no es seguro que sea real y pretenden que el juez de un Estado miembro determine si la normativa de otro Estado miembro es compatible con el Derecho comunitario», añadiendo que «en el marco de la aplicación del artículo 177, el Tribunal de Justicia no tiene competencia para decidir acerca de la compatibilidad de disposiciones nacionales con el Derecho comunitario», el TJCE rechazó tales objeciones, señalando que, «por un lado, los documentos que constan en autos no permiten poner en duda el carácter real del litigio principal ni, por tanto, la utilización correcta del procedimiento prejudicial y, por otro, es jurisprudencia constante que cuando se trata de cuestiones destinadas a permitir al órgano jurisdiccional nacional apreciar si determinadas disposiciones nacionales son conformes 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 que le haya sido sometido. Lo mismo ocurre cuando se trata de apreciar si son compatibles con el Derecho comunitario las disposiciones de un Estado miembro que no es el del órgano jurisdiccional remitente» (FF. jj. 11-12).

(6) Véase al respecto, R. ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo*, Madrid, 1989, pp. 198-201.

gencias entre las jurisdicciones de los Estados miembros en cuanto a la validez de los actos comunitarios serían susceptibles de comprometer la unidad misma del ordenamiento jurídico comunitario y de amenazar la exigencia fundamental de la seguridad jurídica» (F. j. 15). «La necesaria coherencia del sistema de protección jurisdiccional instituido por el Tratado —continuó el TJCE— impone la misma conclusión. Importa recordar a este respecto que el recurso prejudicial de apreciación de validez constituye, al igual que el recurso de anulación, una modalidad de control de legalidad de los actos de las instituciones comunitarias» (F. j. 16), de forma que, «atribuyendo el artículo 173 competencia exclusiva al Tribunal para anular un acto de una institución comunitaria, la coherencia del sistema exige que *el poder de constatar la invalidez* del mismo acto, si es planteada ante una jurisdicción nacional, sea igualmente *reservado al Tribunal*» (F. j. 17), «careciendo las jurisdicciones nacionales de competencia para constatar por sí mismas la invalidez de los actos de las instituciones comunitarias» (F. j. 20) (7).

Así pues, ningún Tribunal nacional, sean o no sus decisiones susceptibles de ulterior recurso en Derecho interno, es competente para declarar inválida, por su propia autoridad, una norma comunitaria: si efectivamente esa norma, aplicable al litigio interno, adolece de algún vicio de ilegalidad, deberá plantear la cuestión prejudicial.

Por el contrario, el juicio positivo de legalidad comunitaria entra de lleno en las competencias de los Tribunales cuyas resoluciones son susceptibles de recurso, que conservan la facultad para «examinar la validez de un acto comunitario y, si no estiman fundados los motivos de invalidez que las partes invocan, pueden rechazar dichos motivos concluyendo que el acto es completamente válido», ya que «actuando de esta manera no ponen en duda la existencia del acto comunitario» (F. j. 14).

Por lo que se refiere a los Tribunales cuyas decisiones no son susceptibles de recurso, su poder de apreciación es, en cambio, más restringido por cuanto la existencia de una «duda razonable» sobre la validez de la norma comunitaria, en los términos que veremos a continuación con relación a la cuestión de interpretación, implica la obligación de dirigirse a Luxemburgo, máxime si se defiende la necesidad de buscar un punto de equilibrio entre la configu-

---

(7) Salvo en la hipótesis de procedimientos urgentes y sumarios para la adopción de medidas provisionales, siempre y cuando quepa la posibilidad de entablar posteriormente un nuevo procedimiento sobre el fondo del asunto, pudiendo ser objeto la cuestión resuelta provisionalmente de reenvío prejudicial [véanse al respecto, además de la sentencia Foto-Frost, las sentencias Hoffmann-La Roche, de 24 de mayo de 1977 (107/76), FF. jj. 5.º-6.º, y Morson y Jhanjan, de 27 de octubre de 1982 (35-36/82), FF. jj. 9.º y 10).

ración de la cuestión de validez como vía abstracta de depuración del ordenamiento jurídico comunitario y vía concreta de protección de los administrados comunitarios (8).

Pasando a la cuestión prejudicial de interpretación, y dando por sentado el pleno poder de apreciación de los Tribunales «inferiores» para resolver toda duda interpretativa (en los mismos términos que hemos visto para resolver positivamente toda duda sobre la validez de una norma comunitaria), el TJCE aceptó en su conocida sentencia Cilfit, de 6 de octubre de 1982 (283/81), la doctrina del «acto claro», importada del Derecho francés, conforme a la cual, en definición de Laferriere, «es preciso que haya una cuestión, esto es, una dificultad real planteada por las partes o espontáneamente reconocida por el juez, y que por su naturaleza pueda hacer surgir una duda en su espíritu ilustrado» (9).

Tal doctrina, aplicada al artículo 177, implica que los Tribunales «superiores» no tendrían la obligación de plantear cuestión prejudicial cuando no exista duda razonable sobre la interpretación del texto comunitario aplicable al litigio.

Ahora bien, ante los abusos que de dicha doctrina había venido haciendo el Consejo de Estado francés (10), el TJCE rodeó su utilización de una serie de condicionamientos tendentes a colocar a las jurisdicciones nacionales en una posición de prudencia con el fin de eludir el riesgo de divergencias jurisprudenciales en el seno de la Comunidad.

Así, tras señalar en el F. j. 16 que «la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la manera de resolver la cuestión planteada», el TJCE matizó a continuación 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», y ello teniendo en cuenta que la interpretación de la norma debía realizarse en un contexto exclusivamente comunitario, lo que implicaba, superadas las dificultades derivadas de hipotéticas versiones lingüísticas diferentes y de la utilización de nociones jurídicas «genuinamente» comunitarias, una interpretación de la disposición controvertida «a la luz del conjunto del ordenamiento jurídico comunitario, de sus finalidades y del estado de su evolución en la fecha en que ha de ser aplicado».

(8) En este sentido, R. ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario...*, cit., pp. 197-198.

(9) Tomamos la cita de CH. DEBBASCH y J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, París, 1985, p. 129.

(10) Abusos recordados por el Ab. Gral. CAPOTORTI en sus Conclusiones, Rec. 3.436-3.437.

Hasta aquí el juego del artículo 177 cuando sobre el problema que se le suscita a la jurisdicción nacional no existe jurisprudencia del TJCE.

Cuando, por el contrario, existen pronunciamientos del TJCE sobre la materia, el problema se simplifica: *todos los Tribunales nacionales están vinculados por las sentencias del Tribunal de Luxemburgo*; y si tienen dudas sobre la solución aportada por el TJCE, o creen que cabe una interpretación diferente a la luz de nuevos argumentos, o simplemente estiman que el TJCE debería reconsiderar su postura, están obligados a plantear la cuestión prejudicial, no pudiendo apartarse por su propia autoridad de la jurisprudencia comunitaria (11).

Las conclusiones que pueden extraerse de lo dicho hasta ahora serían las siguientes:

1.<sup>a</sup> El incumplimiento del artículo 177, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico comunitario, sólo puede tener como consecuencia la apertura de un recurso por incumplimiento ex artículo 169 contra el Estado al que pertenezca el órgano jurisdiccional infractor. Al particular afectado por la decisión judicial interna, y moviéndonos en el plano comunitario, sólo le cabría instar a la Comisión el inicio del citado procedimiento por incumplimiento (12).

2.<sup>a</sup> Y ¿cuándo se produce un incumplimiento del artículo 177?

a) Si existe jurisprudencia del TJCE sobre una determinada materia, cuando cualquier Tribunal interno se aparta de la misma por su propia autoridad, es decir, sin mediar planteamiento de nueva cuestión prejudicial.

b) Si no existe jurisprudencia comunitaria:

- un pronunciamiento de cualquier jurisdicción nacional dejando de aplicar una norma comunitaria por considerarla inválida, constituye un evidente desconocimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 177, tal y como ha sido interpretado por el TJCE;
- en cuanto al juicio positivo de validez y al de interpretación, y partiendo de las amplias facultades de los Tribunales «inferiores» para resolver por su propia autoridad toda duda que se les pudiera plan-

(11) Véase al respecto, R. ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario...*, cit., pp. 183-195 y 206 y ss.

(12) Teniendo en cuenta que, como regla general, el particular no dispone de ningún recurso ante una posible falta de iniciación, pese a la denuncia, del procedimiento previsto en el artículo 169. En esta línea, rechazando el hipotético derecho del particular de interponer un recurso de anulación ante el TJCE contra una decisión de la Comisión de no iniciar un procedimiento por incumplimiento, véanse las sentencias *Starfruit versus Comisión*, de 14 de febrero de 1989 (247/87), FF. jj. 11-13, y *Sonito y otros versus Comisión*, de 17 de mayo de 1990 (87/89), FF. jj. 6-7.

tear, el problema radica en la actitud que pueden adoptar los Tribunales «superiores». Teniendo en cuenta que lo que se estaría pidiendo al juez nacional a través de los condicionamientos sentados en la sentencia Cilfit sería una actitud más que unos comportamientos precisos (13), sólo habría quebrantamiento del artículo 177 cuando de la propia motivación de la sentencia dictada en el procedimiento en el que se omitió plantear la cuestión pudiera desprenderse, de una manera clara y evidente, que, existiendo una duda razonable, el Tribunal optó por resolverla por sí mismo.

De hecho, la lectura que hacemos de la sentencia Cilfit es la que sigue la propia Comisión. En sus alegaciones en el asunto Meyer-Burckhard *versus* Comisión, de 22 de octubre de 1975 (9/75), tras recordar que los particulares, en el marco del artículo 177, no podían exigir el reenvío al TJCE y menos aún obtenerlo de manera obligatoria a través del artículo 169, señaló que se reservaba la posibilidad de una intervención a través de este último precepto, «*en caso extremo*, cuando la actitud de los Tribunales de un Estado miembro, desconociendo a través de una jurisprudencia constante las condiciones del reenvío prejudicial, hicieran temer la conversión en letra muerta del mecanismo del artículo 177» (14).

### III. EL PANORAMA DE LA CUESTION PREJUDICIAL EN EL DERECHO ALEMÁN: LA GARANTIA DEL JUEZ LEGAL COMO TECNICA CONSTITUCIONAL DE DEFENSA FRENTE A INFRACCIONES DEL ARTICULO 177 TCEE

El paralelismo entre el orden constitucional alemán y el español, por lo que hace a los medios procesales de hacer efectivos los derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional, justifica el especial interés que para nosotros tiene en este punto la doctrina del TCFA; se trata de establecer en uno y otro ordenamiento si un particular puede instar el recurso de amparo

---

(13) En este sentido, J.-C. MASCLÉ, «Vers la fin d'une controverse? La Cour de Justice tempère l'obligation de renvoi préjudiciel en interprétation faite aux juridictions supérieures», en *Revue du Marché Commun*, núm. 268, 1983, p. 367.

(14) En la misma línea se pronunció la Comisión en su respuesta al parlamentario Krieg en 1978, señalando que el recurso al artículo 169 sólo podría tener lugar «si la inaplicación del artículo 177 resultara de un desconocimiento manifiesto o de una actitud deliberada» (respuesta a la cuestión escrita 608/78, J. O. n. C 28, de 31 de enero de 1979, p. 9), posición ésta reiterada en 1983 en la respuesta al parlamentario Tyrrell (respuesta a la cuestión escrita 526/83, J. O. n. C 268, de 6 de octubre de 1983, p. 25).

(*Verfassungskbeschwerde*, en la terminología alemana) cuando los Tribunales internos han incumplido su obligación de presentar la cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo.

1. *El presupuesto del recurso: el juez comunitario como juez legal. Sus consecuencias. Aplicación de la doctrina general sobre la interpretación del art. 101 (I) GG*

A partir de la STCFA de 22 de octubre de 1986 («Solange» II) (15) no hay duda de que el TJCE es el juez legal predeterminado por la ley al que se refiere el artículo 101 de la Ley Fundamental de Bonn. Por ello no han tardado en suscitarse recursos ante el Tribunal Constitucional basados en la infracción de las obligaciones del artículo 101.1 de la Ley Fundamental.

A) *El problema del juez legal como problema fundamentalmente de Derecho interno*

La primera cuestión tratada por el TCFA es si se aplica la doctrina general sobre el derecho al juez legal o si, por el contrario, las características de la cuestión prejudicial exigen una interpretación peculiar, con arreglo a la doctrina sostenida para estos casos por el TJCE.

Para el TCFA no toda infracción de las reglas procesales incide en la garantía del juez legal. Sólo se vulnera el artículo 101 de la Ley Fundamental cuando alguien se ve privado arbitrariamente de alguna garantía procesal. La razón de fondo de esta doctrina es que la jurisprudencia alemana considera que la garantía del juez legal es una manifestación específica del derecho a la igualdad y, por tanto, aplica los mismos criterios que sirven para establecer la desigualdad no amparada constitucionalmente: el trato irrazonable o arbitrario. Sobre este criterio básico de la arbitrariedad se construyen, pues, todos los casos de vulneración de la garantía jurisdiccional: así, la denegación de justicia, exceso de competencia, o la denegación injustificada de una cuestión prejudicial.

Pues bien, el TCFA ha seguido esta doctrina cuando ha tenido que juzgar

---

(15) Sobre la sentencia *Solange II* del TCFA, cfr., en la bibliografía española, J. M.º BAÑO, «Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea y la competencia del juez nacional», en *REDA*, 54, 1987, pp. 227 y ss.; RODRÍGUEZ IGLESIAS/WÖLKER, «Derecho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad», en *RIE*, 14, 1987, pp. 667 y ss.; A. LÓPEZ CASTILLO, «La cuestión del control de constitucionalidad de las normas comunitarias de Derecho derivado en la República Federal Alemana», en *REDC*, 23, 1988, pp. 207 y ss.

si un Tribunal alemán había o no infringido su obligación de plantear la cuestión prejudicial. Y, según nos parece, lo ha hecho acertadamente.

Lo que el TCFA debe enjuiciar no es, *prima facie*, el ámbito de aplicación del artículo 177 TCEE. Esta es cuestión que incumbe al monopolio de interpretación del Tribunal de Luxemburgo; lo que el Tribunal Constitucional tiene que juzgar es si forma parte del derecho fundamental al juez legal eventuales denegaciones de la cuestión prejudicial. O, como dice la STCFA de 9 de noviembre de 1987:

«La cuestión sobre el juez legal es también aquí una cuestión de derecho interno, la cual tiene que ser controlada en todos los casos (en que exista) obligación de plantear cuestión prejudicial con arreglo a los mismos criterios» (16).

Parece lógico que el Tribunal Constitucional germano utilice la misma doctrina que aplica en las demás ocasiones en que interpreta el derecho al juez legal, puesto que lo que tiene que dilucidar es si se ha producido una vulneración de un derecho fundamental interno con ocasión del incumplimiento de una obligación comunitaria. Metodológicamente, la actitud del Tribunal nos parece incontestable. De la misma manera que el Tribunal alemán se ha negado a dar relevancia constitucional a cualquier vicio procesal, lo que lo hubiera convertido en un Tribunal Supremo de apelación, es lógico que filtre los posibles casos en los que pudiera plantearse la cuestión prejudicial, que virtualmente pueden ser todos los que conocen los Tribunales internos. El miedo del Tribunal a convertirse en el Tribunal Supremo del control de la cuestión prejudicial es de idéntica naturaleza al que en su día le condujo a rechazar el transformarse en un Tribunal de Revisión, en contra de la intención del constituyente (17).

B) *La influencia del Derecho comunitario en la determinación de denegaciones arbitrarias de la cuestión prejudicial*

Sería, sin embargo, erróneo concluir que al Tribunal alemán le es indiferente cuál sea la interpretación que el TJCE ha dado del artículo 177 TCEE. Hay una primera razón que justifica claramente esta afirmación: es llano que a ningún Tribunal interno le puede ser jurídicamente indiferente la doctrina del Tribunal de Luxemburgo, porque la pertenencia a la Comunidad Europea

(16) *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 23, 1988, p. 1457.

(17) Cfr. MAUNZ, «Comentario al artículo 101, núms. marginales 50 y 51», en MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, München, 1985.

implica también el respeto a las decisiones y criterios jurisprudenciales sustentados por el juez europeo.

Y la segunda razón no menos importante es que el concepto de arbitrariedad es puramente formal, necesita siempre ser dotado de contenido, de acuerdo con la materia sobre la que se quiera aplicar. La arbitrariedad es lo opuesto a lo razonable, y lo que sea jurídicamente «razonable» depende siempre del Derecho en cada caso aplicable. El análisis de la aplicación de la igualdad por los Tribunales lo demuestra sin género de duda; no se aplica la igualdad con los mismos criterios cuando se trata de funcionarios públicos que cuando estamos ante un problema de filiación o cuando aludimos a la concesión de subvenciones.

Por eso es lógico que el TCFA, para decidir si existe o no arbitrariedad, aplique como pautas razonables las que se derivan de la jurisprudencia comunitaria. Dice la STCFA de 9.11.1987 a este respecto lo siguiente:

«La arbitrariedad no es un criterio que fluya libremente, sino relacionado con un punto de vista material, que se caracteriza por la correspondiente situación de hecho y de derecho. Ciertamente la cuestión de una vulneración del artículo 101.I.2 GG, y con ella los criterios de control, incluido también el de la arbitrariedad, se determina de acuerdo con la Ley Fundamental y el Derecho interno aplicable. Esto significa, no obstante, que también para la determinación del contenido concreto de lo que es arbitrario en un caso dado se ha de observar el Derecho comunitario y las obligaciones de los tratados internacionales ex art. 177.II y III del TCEE» (18).

C) *La concreción de los supuestos en que es arbitrario el no planteamiento de la cuestión prejudicial*

Siguiendo el razonamiento que acaba de ser apuntado, la jurisprudencia constitucional alemana, fundamentalmente en la sentencia últimamente citada, establece un catálogo de hipótesis en las que puede juzgarse que una negativa a plantear la cuestión prejudicial incurre en arbitrariedad. Es, según enseguida se verá, una enumeración que tiene muy presente la doctrina emanada por el juez comunitario. Casi resulta superfluo decir que esta enumeración excluye de suyo que el juez interno tenga obligación de plantear la cuestión prejudicial por el mero hecho de que lo pida una de las partes contendientes, lo que correctamente el TCFA deduce de la jurisprudencia comunitaria.

---

(18) *NJW*, 23, 1988, p. 1457.

Vayamos, sin más preámbulo, a los casos que ha enumerado el Tribunal Constitucional germano. En su Resolución de 9-11-1987 leemos lo siguiente:

«Como principales casos típicos de un desconocimiento arbitrario de la obligación de plantear la cuestión prejudicial hay que considerar, en primer lugar, casos en los que un Tribunal Supremo en 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 abriga dudas respecto a la respuesta correcta a la cuestión; de otra parte, casos en los que el Tribunal de última instancia, conscientemente, se separa en su sentencia de la jurisprudencia del TJCE sobre la cuestión debatida relevante para la decisión y, al mismo tiempo, no plantea la cuestión o no lo hace de nuevo. El primer caso constituye una denegación fundamental de la obligación de (plantear) la cuestión prejudicial; el segundo es calificable *per se* como constitutivo de arbitrariedad. Otro desconocimiento arbitrario de la obligación de (plantear) la cuestión prejudicial en el marco del control conforme al artículo 101.I.2 de la Ley Fundamental puede existir, finalmente, en casos en los que o no existe la pertinente jurisprudencia sobre una cuestión de Derecho comunitario relevante para el fallo, o esa jurisprudencia se ha producido, pero posiblemente la cuestión relevante para la decisión no ha sido contestada exhaustivamente, o un nuevo desarrollo de la jurisprudencia del TJCE aparece como algo más que una lejana posibilidad. En estos casos sólo se produce una omisión arbitraria de la obligación de remitir conforme al artículo 177.II TJCE y, por tanto, una vulneración del artículo 101.I.2 de la Ley Fundamental, cuando el Tribunal de última instancia ha traspasado de manera insostenible el necesario ámbito de estimación que le está encomendado en estos casos; éste es el supuesto cuando posibles posiciones contrarias sobre la cuestión de derecho comunitario relevante para el fallo son claramente preferibles a la opinión sostenida por el juez» (19).

El exhaustivo análisis llevado a término por la sentencia puede reconducirse a dos grandes categorías que entran claramente en la arbitrariedad y una tercera categoría dudosa. A la primera corresponden los siguientes casos:

- cuando existen dudas manifiestas sobre la interpretación de la cuestión de Derecho comunitario y el juez interno no las plantea al TJCE, y

(19) *Ibidem*.

- cuando el juez nacional se separa del criterio expresado por el TJCE sin formular nueva cuestión prejudicial.

A la categoría dudosa pertenecen los casos en que podría discutirse la oportunidad de un pronunciamiento del Tribunal comunitario. En dicho supuesto, la jurisprudencia alemana confiere al juez un ámbito discrecional que sólo sería constitucionalmente refutable cuando existiera un «*error manifiesto de apreciación*». En este último supuesto se emplearía un *test* similar a los que utilizan los Tribunales administrativos para controlar la discrecionalidad. Cuando a la Administración se le confiere, en un supuesto dado, una potestad discrecional, se le reconoce un ámbito de libre decisión que quiebra sólo cuando se produce un abuso o exceso (*Übermassverbot*), que en la terminología usual en Francia o Bélgica se conoce como «*error manifiesto de apreciación*» (20).

Si contrastamos esta jurisprudencia con las conclusiones del TJCE, según se expuso anteriormente, no resulta complicado llegar a la siguiente conclusión: los casos que el TCFA considera arbitrarios están en perfecta armonía con la jurisprudencia comunitaria. La contradicción que alguna doctrina (21) ha apuntado entre la jurisprudencia comunitaria que tendería a declarar la obligación del juez nacional de plantear la cuestión en los casos de duda y la jurisprudencia constitucional alemana que tendería a dejar la decisión en manos del juez, salvo los casos manifiestamente arbitrarios, es menos real de lo que a primera vista pudiera pensarse.

a) En cuanto al Derecho comunitario, basta recordar las conclusiones que anteriormente extraíamos de la sentencia Cilfit para superar la contradicción. Al fin y al cabo, el TJCE aplica un *test* de razonabilidad semejante al Tribunal alemán. Tiene que haber una duda razonable de interpretación del Derecho comunitario deducible de las actuaciones procesales, y que, pese a ser trascendente para el fallo, el juez nacional resuelva por sí mismo.

b) Desde el punto de vista del Derecho interno es lógico que la óptica de un Tribunal Constitucional no sea exactamente igual a la del TJCE, aunque coincida finalmente en el resultado. La función de aquél en el recurso de queja constitucional (*Verfawungsbeschwerde*) es, con toda evidencia, defen-

(20) También utilizado por la jurisprudencia comunitaria en materia de función pública. Sobre la cuestión, es muy completo el libro de D. LAGASSE *L'erreur manifeste d'appréciation en Droit Administratif*, Bruselas, 1986, donde se estudia el Derecho belga, francés y la jurisprudencia del TJCE sobre funcionarios.

(21) Se hacen eco de esta discusión RODRÍGUEZ IGLESIAS/WÖLKER, *op. cit.*, p. 673; A. LÓPEZ CASTILLO, *ob. cit.*, pp. 222-227. En la doctrina alemana, cfr. G. NICOLAYSEN, «*Vertragsverletzung durch mitgliedstaatlichen Gerichte*», en *Europarecht*, 4, 1985, páginas 368-374.

der los derechos fundamentales de los ciudadanos y no ser el juez de la legalidad ordinaria. No toda cuestión relacionada con los derechos fundamentales es susceptible de justificar una decisión del Tribunal Constitucional y, por tanto, es lógico que también las relacionadas con la cuestión prejudicial se tamicen constitucionalmente. Postular que el Tribunal Constitucional tiene que tener en cuenta cualquier incumplimiento de las obligaciones derivadas del artículo 177 del TCEE implicaría reconocer carácter constitucional a toda cuestión derivada del Derecho comunitario. Lo cual está lejos de ser recomendable y además no es justificable en términos jurídicos.

La obligación del juez nacional de plantear la cuestión prejudicial se ejercita, según ya hemos dicho, dentro del marco de sus competencias (el particular, desde luego, puede instar de la Comisión europea un recurso por incumplimiento basado en la denegación arbitraria de la obligación de recurrir). Por tanto, el Tribunal Constitucional tiene que actuar dentro del cauce y de acuerdo con los poderes que tiene en cada tipo de procedimiento. En el de queja constitucional, el juez constitucional sólo puede apreciar si se ha vulnerado o no un derecho fundamental y adoptar las medidas para restablecerlo. Su obligación de anular un acto y obligar al juez a plantear la cuestión prejudicial sólo puede adoptarla cuando, con arreglo a su concepción de los derechos fundamentales, se haya vulnerado la garantía del juez legal y no en todos los casos en que se haya incumplido la obligación de plantear la cuestión ante el Tribunal de Luxemburgo.

Dicho en otros términos: la competencia jurisdiccional para apreciar si ha existido una violación de los derechos fundamentales corresponde exclusivamente a los Tribunales internos y al TCFA. Los Estados miembros no han traspasado a la Comunidad el poder de declarar cuándo un acto de los poderes públicos internos vulnera los derechos fundamentales reconocidos en la Ley Fundamental. Esa potestad corresponde, en última instancia, apreciarla al Tribunal Constitucional y nunca al Tribunal de Justicia.

Por tanto, es lógico que la jurisprudencia de los Tribunales de Luxemburgo y Karlsruhe no sean exactamente coincidentes. El primero exige un determinado comportamiento a los jueces internos cuando, para su decisión, es relevante un problema de Derecho comunitario. El segundo sólo puede apreciar aquellos casos en que la denegación de la cuestión prejudicial afecta al derecho fundamental al juez legal. Los criterios no tienen por qué ser estrictamente coincidentes, pues no hay ningún elemento de Derecho interno que justifique que una infracción en la obligación de plantear la cuestión prejudicial automáticamente implica una vulneración del derecho fundamental al juez legal (típico sería el caso en que la cuestión no fuera relevante para la decisión interna, lo que es de apreciación exclusiva del juez nacional).

Finalmente, algunos autores (22) han apreciado una contradicción entre la doctrina del TCFA sobre la arbitrariedad como medida para apreciar si existe una infracción del artículo 101.2 de la Ley Fundamental y anteriores declaraciones suyas (*BVerfGE* 58, 34; 59, 89) en las que el Tribunal indicaba que debía cuidar especialmente aquellos casos en que la inobservancia o la aplicación incorrecta del Derecho internacional condujera a la responsabilidad del Estado alemán.

No creemos, sin embargo, que exista en puridad una contradicción. En primer término, porque, como el propio Tribunal alemán no ha dudado en subrayar en su Resolución de 9-11-87, remitiéndose a la opinión de la Comisión (23), no toda vulneración de la obligación impuesta al juez nacional por el artículo 177 TCEE implica automáticamente la infracción del TCEE por el Estado.

En segundo término, las declaraciones del Tribunal alemán en las resoluciones *Eurocontrol* (24), de donde está tomada la doctrina invocada por algunos autores alemanes, no son aplicables a la cuestión prejudicial. Lo que en esas declaraciones sostenía el TCFA era que no se podía aplicar literalmente el sistema de garantías de la Ley Fundamental frente a las obligaciones derivadas de los Tratados internacionales, porque, de lo contrario, podría hacerse inviable el cumplimiento por Alemania de sus obligaciones internacionales. Lo que se debate aquí, por el contrario, es si el contenido del derecho fundamental al juez legal alcanza también a las vulneraciones del artículo 177 TCEE. En el primer caso se interpreta la Ley Fundamental en su conjunto, de manera que una interpretación amplia de los derechos fundamentales no invalida el precepto constitucional que permite transferir determinados derechos de soberanía. En el segundo se utiliza los derechos fundamentales para hacer más efectivo el cumplimiento de esas obligaciones.

Naturalmente esto último no puede conducir a una desnaturalización del recurso constitucional.

La jurisdicción constitucional tiene que actuar «en el ámbito de sus competencias», y las transgrediría si transformara un recurso sustentado en la defensa de los derechos fundamentales en un proceso en el que se revisara la posición del juez interno como juez comunitario. Los artículos 5 y 177

(22) Cfr. LÓPEZ CASTILLO, *op. cit.*, pp. 224-226.

(23) *N/W*, 23, 1988, p. 1456. El Tribunal se remite a la opinión de la Comisión, a la que ya nos referimos en su momento, expresada en su respuesta a la pregunta núm. 608/78 del parlamentario Sr. Krieg.

(24) Véase A. EMBID IRUJO, «Derechos fundamentales y protección judicial contra actos de organizaciones internacionales. El caso EUROCONTROL», en *REDA*, 38, 1983, pp. 421-427.

TCEE no autorizan, por mucho que se apure su interpretación, a modificar las reglas de los procesos jurisdiccionales internos, su naturaleza, y las competencias que los Tribunales tienen atribuidas. La obligación de cumplir la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad no puede transformar las competencias y las reglas procesales internas: el Tribunal Constitucional, desde luego, no tiene atribuida la función de inspeccionar el cumplimiento por los Tribunales ordinarios de las obligaciones internacionales, salvo en la medida en que ese cumplimiento afecte directamente a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

2. *La desviación del juez interno de las decisiones del TJCE como supuesto de vulneración del derecho al juez legal: su reconocimiento en la Resolución de 8 abril 1987 del TCFA*

El auto del TCFA de 8 abril 1987 (25) ilustra sobre la aplicación práctica del derecho al juez legal como técnica para lograr el cumplimiento del artículo 177 TCEE. Pone de manifiesto, aunque sea anterior a la sentencia de noviembre del mismo año, sus posibilidades prácticas. Se trata de un fallo estimatorio del recurso de queja constitucional presentado frente a la decisión judicial que había exigido a una agencia de mediación de créditos el pago del IVA (*Mehrwehrsteuer*) en contradicción con el artículo 13.B).d).1 de la sexta directiva del Consejo de la CEE sobre armonización de reglamentaciones nacionales en materia de IVA y de una sentencia del TJCE que había declarado que a partir del 1 de enero de 1979 un comisionista financiero podía ampararse en la disposición citada para no pagar el IVA correspondiente a los ingresos obtenidos por la intermediación en los créditos, siempre y cuando no lo hubiera repercutido en sus clientes.

El recurrente impugnó ante el TCFA la sentencia del Tribunal Federal en materia económica (*Bundesfinanzhof*) basándose en el artículo 101.2 de la Ley Fundamental. El Tribunal Federal había tenido sólo en cuenta la legislación alemana y había hecho caso omiso de la contestación que el TJCE dio a la cuestión prejudicial que en el mismo procedimiento planteó el juez de instancia. El TJCE ratificó la doctrina sentada en su sentencia de 22-2-1984 y estimó que el Estado no podía oponer a los ciudadanos obligaciones en contra de la sexta directiva, una vez había transcurrido el plazo previsto para su desarrollo en Derecho interno.

---

(25) *NJW*, 23, 1988, pp. 1459-1462.

El TCFA estima al recurso por dos razones:

a) El *Bundesfinanzhof* estaba obligado a seguir la interpretación sostenida por el TJCE en la cuestión prejudicial planteada por el juez de instancia. En consecuencia, la recurrente podía invocar en su favor la sexta directiva sobre el IVA, y la Ley alemana no era oponible en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario.

b) Si el *Bundesfinanzhof* estimaba que no era procedente seguir la respuesta dada a la cuestión prejudicial por el Tribunal europeo, estaba obligado a formular una nueva cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo. En ella hubiera podido plantear todas las dudas sobre los efectos de la directiva y sobre la falta de competencias del TJCE para modificar los Tratados comunitarios.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional alemán llega a la siguiente conclusión:

«El BFH ha incumplido de manera objetivamente arbitraria esa obligación de plantear una nueva cuestión prejudicial al TJCE de acuerdo con el artículo 177 TCEE: cuando un Tribunal de última instancia desconoce esa obligación respecto a la cuestión jurídica concreta, ya resuelta en el mismo proceso por una decisión prejudicial del TJCE, existe una vulneración del artículo 101.2 de la Ley Fundamental, como en los restantes casos que puedan conceptuarse como arbitrarias en relación con las infracciones de la obligación derivada del artículo 177 TCEE» (26).

#### IV. EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL Y EL ART. 24 CE CON RELACION AL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION PREJUDICIAL COMUNITARIA

Como es sabido, la integración de España en las Comunidades Europeas ha supuesto una alteración de nuestro sistema de fuentes. La primacía del Derecho comunitario sobre el interno se traduce en la obligación del juez nacional de «inaplicar, si fuere necesario, en virtud de su propia autoridad, toda disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que para ello sea necesario pedir o esperar su previa eliminación por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional» (27), lo que implica, en el ordenamiento español, la obligación del juez ordinario de dejar

(26) *Ibidem*, p. 1462.

(27) Sentencia Simmenthal, de 9 de marzo de 1978 (106/77); sentencia Ford España, S. A., de 11 de junio de 1989 (170/88).

de aplicar por su propia autoridad toda norma con rango de ley (28) incompatible con el Derecho comunitario sin tener que promover cuestión de inconstitucionalidad, lo que no plantea especiales problemas, incluso desde la exclusiva perspectiva de nuestro sistema (28 bis), si se aborda el tema, a diferencia de lo sucedido en Italia (29), a partir de parámetros no de inconstitucionalidad, sino de, por decirlo de alguna forma, «anticomunitariedad» de la norma interna (30).

Partiendo de esta base, es evidente que, constatada por el juez una contradicción entre el Derecho comunitario y una norma interna, la resolución del conflicto en favor de ésta supondrá una alteración del sistema de fuentes, amparable por la vía del artículo 24 (31).

(28) Deber de inaplicación que, según doctrina reiterada del TJCE, se extiende incluso a las normas internas de rango constitucional incompatibles con el Derecho comunitario.

Así, podemos citar como ejemplo reciente y significativo, por cuanto las partes recurrentes oponían a la actuación de la Comisión la vulneración del artículo 18 de la Constitución española —inviolabilidad del domicilio—, la sentencia Dow Chemical Ibérica, S. A., y otras *versus* Comisión, de 17 de octubre de 1989 (97-99/87).

En efecto, frente a las alegaciones de los recurrentes de que la Comisión debía haber interpretado el artículo 19 del Reglamento 17/62 —regulador del procedimiento de actuación de la Comisión en materia de Derecho de competencia—, de conformidad con el artículo 18.2 de la Constitución española, el TJCE destacó de manera tajante que «la validez de los actos comunitarios sólo puede ser apreciada en función del Derecho comunitario y, por tanto, la alegación de una vulneración, ya sea de los derechos fundamentales, según están formulados por la Constitución de un Estado miembro, ya sea de los principios de una estructura constitucional nacional, no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad ni a su eficacia en el territorio de dicho Estado» (FF. jj. 37 y 38).

(28 bis) Véase A. MANGAS MARTÍN, «Tribunal Constitucional español y Derecho comunitario europeo», en *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Estudios en honor del Prof. Antonio Truyol Serra*, vol. II, Madrid, 1986, pp. 734 y ss.

(29) Véase al respecto, P. PÉREZ TREMPES, «Justicia comunitaria, justicia constitucional y tribunales ordinarios frente al Derecho comunitario», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 13, 1985, pp. 157 y ss.

(30) Lo que no implica que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en materias conectadas con el Derecho comunitario resulte en todo caso improcedente (véase al respecto, R. ALONSO GARCÍA, «Derechos fundamentales y Comunidades Europeas», de próxima publicación en el libro homenaje al Prof. García de Enterría).

(31) Véase al respecto, la Providencia del TC de 27 de noviembre de 1989 rechazando un amparo por supuesta infracción del derecho a la tutela judicial efectiva. Señaló el TC: «La sentencia recurrida (del TS, Sala 3.ª, de 17 de abril de 1989, Ar. 4524) resuelve la cuestión planteada ante el Tribunal Supremo, acudiendo a la aplicación preferente del Reglamento comunitario, y, a mayor abundamiento, a la falta de oposición entre éste y el Real Decreto que ejecuta la Orden Ministerial impugnada, argumentos ambos razonables y motivados.»

Pero el problema que aquí se aborda no es la contradicción entre normas comunitarias e internas, sino el poder del juez para, una vez declarada una norma comunitaria aplicable a un litigio interno, resolver por su propia autoridad las dudas que puedan surgir en torno a la validez o interpretación de la misma y las consecuencias que, desde una perspectiva puramente interna, concretamente desde la perspectiva del recurso de amparo, puede tener una alteración del sistema.

Pues bien, puede adelantarse que el ordenamiento jurídico español permite también llegar a conclusiones similares a las alemanas: el recurso de amparo puede ser una vía útil para corregir aquellas decisiones de los Tribunales españoles que contravengan las exigencias del artículo 177 TCEE.

Es más, el artículo 24 CE permite fundamentar un recurso de amparo contra una decisión judicial contraria al art. 177 TCEE en dos argumentos:

a) Invocando el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1). Se vulneraría este derecho cuando el juez interno, haciendo caso omiso del artículo 177 TCEE, bien inaplica una norma comunitaria vigente, bien concluye por su propia autoridad, existiendo «duda razonable» al respecto, con la validez de la norma comunitaria (si es un juez de última instancia), bien resuelve en contra de la opinión sostenida por el Tribunal comunitario. En esos casos se atenta a la tutela judicial efectiva al quebrantar el Tribunal interno el orden de fuentes de nuestro ordenamiento.

b) Invocando el derecho al juez legal predeterminado por la Ley (artículo 24.2). Se vulneraría este derecho cuando el juez interno de última instancia, pese a expresar dudas razonables sobre la interpretación de una norma comunitaria, no consulta al Tribunal de Luxemburgo, que es el competente para dirimirlas, sino que resuelve por sí mismo, para lo que es manifiestamente incompetente.

Lo dicho teniendo presente que nada impide que, dada la unidad intrínseca de los dos apartados del artículo 24 CE, la inaplicación del Derecho comunitario, el juicio positivo de validez cuando existe «duda razonable» y es un juez de última instancia, o el desconocimiento de la jurisprudencia del TJCE, también puedan ampararse por la vía de la vulneración del derecho al juez legal y viceversa, esto es, que el derecho a la tutela judicial efectiva pueda bastar para amparar al particular frente a decisiones judiciales que hayan desconocido la obligación de plantear la cuestión prejudicial frente a dudas interpretativas razonables de los textos comunitarios.

Lo que sucede es que conceptualmente nos parece que las infracciones del artículo 177 cuadran mejor en el apartado primero o en el segundo del artículo 24, según su naturaleza, en los términos que pasamos a exponer a continuación.

1. *El derecho a la tutela judicial efectiva. «Excursus» sobre su valor con relación al planteamiento por el juez ordinario de la cuestión de inconstitucionalidad*

El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1) se infringe, ya lo hemos apuntado, cuando

- a) cualquier juez o Tribunal español inaplica, por su propia autoridad, una norma comunitaria vigente por considerarla inmersa en algún vicio de ilegalidad comunitaria. Por muy convencido que esté el juez interno sobre la disconformidad con el ordenamiento comunitario de una norma comunitaria no puede dejar de aplicar ésta, debiendo plantear la cuestión prejudicial, pues de lo contrario estará modificando el sistema español de fuentes derivado del juego de los artículos 177 TCEE y 93 CE;
- b) también se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando un juez de última instancia, existiendo una «duda razonable» sobre la validez de una norma comunitaria aplicable al litigio en los términos que veremos más adelante, resuelve la misma en favor de su validez por su propia autoridad, pues ello implica alteración del sistema de control de las normas comunitarias y, por tanto, del sistema de fuentes;
- c) finalmente, lo mismo sucede cuando el juez interno resuelve una cuestión jurídica en contra de la opinión sostenida sobre un hecho análogo por el TJCE. El ordenamiento comunitario rige en España íntegramente, y forman parte de él las interpretaciones que el Tribunal de Luxemburgo hace de las normas. Por tanto, desconocer las interpretaciones de éste implica igualmente alterar el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento violando el derecho a la tutela judicial efectiva del justiciable.

Que esto es así lo avala la doctrina del propio TC sentada en el marco de un mecanismo interno, la cuestión de inconstitucionalidad, que presenta similitudes evidentes con la cuestión prejudicial.

La cuestión de inconstitucionalidad aparece contemplada en el art. 163 de nuestro texto constitucional (desarrollado por los artículos 35 y ss. de la LOTC, a la que expresamente remite el artículo 5.2 LOPJ), conforme al cual,

«cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos».

Notará el lector que, a diferencia del mecanismo comunitario de la cuestión prejudicial, el sistema constitucional español no ha recogido obligación alguna, ni siquiera facultad, del juez ordinario para dirigirse al TC, planteando una duda interpretativa, obviamente de naturaleza constitucional, sobre una norma con rango de ley.

Ello implica, por tanto, que el juez ordinario, ante dos o varias interpretaciones posibles de una norma con rango de ley, deberá por sí mismo resolver la duda en cuestión, lo que no significa que no pese sobre el poder judicial la obligación de interpretar no sólo las leyes, sino toda norma jurídica, del modo más constitucional posible (32); lo que sucede es que una interpretación que no sea la más conforme con los parámetros constitucionales, o incluso contraria a los mismos, no será susceptible de amparo, salvo que la interpretación en cuestión lleve aparejada, desde un punto de vista material, la vulneración de un derecho fundamental.

Por lo que se refiere al juicio de validez, o, mejor dicho, de constitucionalidad de la norma, el juez español goza del más amplio poder de apreciación para realizar el juicio positivo de constitucionalidad. Así lo ha entendido nuestro TC, que en su sentencia 148/86, de 25 de noviembre, señaló que «el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad es prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial, conferida por el art. 35.1 de la LOTC como cauce procesal para resolver las dudas que él mismo pueda tener acerca de la constitucionalidad de una ley que se revela de influencia decisiva en el fallo a dictar, habiendo declarado este Tribunal en numerosas ocasiones (33)

---

(32) Véase, por ejemplo, la STC 253/88, de 20 de diciembre, en la que se destaca que «la interpretación de las normas —ya sean pre, ya postconstitucionales—, aunque no adolezcan de oscuridad, ha de realizarse conforme a los preceptos constitucionales, lo que no sólo es posible sino que resulta obligado tras la entrada en vigor de la norma fundamental, cuya primacía se impone a la totalidad del ordenamiento jurídico» (y no sólo debe buscarse una interpretación adecuada a la Constitución, sino precisamente «la que resulte más acorde con los preceptos contenidos en la norma fundamental», fund. juríd. 4.º).

(33) Así, por ejemplo, el Auto 10/83, de 12 de enero, en el que se señala que «el artículo 35 de la LOTC no obliga a que un órgano judicial plantee la cuestión de in-

que el hecho de que el órgano judicial no haya considerado conveniente formular la cuestión de inconstitucionalidad no da base a un recurso de amparo» (F. j. 3.º), doctrina ésta ratificada por la STC 133/87, de 21 de julio, cuyo F. j. 1.º destaca que el citado artículo 35 LOTC «no contiene un recurso a disposición de las partes de un proceso, del cual haya sido privado el recurrente», siendo, por el contrario, «un medio para asegurar la primacía de la Constitución, que corresponde en forma exclusiva al órgano jurisdiccional».

Lo dicho, bien entendido que el juez ordinario es libre de no plantear la cuestión siempre y cuando concluya afirmando la constitucionalidad de la ley aplicable al litigio concreto. Así lo recuerda la STC 33/88, de 22 de febrero, que reiteró que «suscitar la cuestión de constitucionalidad es prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial, el cual, por el mero hecho de no plantearla y *aplicar la ley*, que, pese a la opinión en contra del justiciable, no estima inconstitucional, no lesiona, en principio, derecho fundamental alguno de éste» (F. j. 1.º).

Ahora bien, esta amplia facultad del juez ordinario para concluir en un juicio positivo de constitucionalidad, que conlleva la imposibilidad de un recurso de amparo por violación del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) por el sólo motivo de no haber planteado la cuestión ante el Tribunal Constitucional, desaparece cuando el juez concluye en la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley aplicable al litigio que tiene que resolver.

En efecto, cuando un juez ordinario considera que una norma con rango de ley (34) es inconstitucional, no puede, por su propia autoridad, dejar de

---

constitucionalidad cuando se lo pida una parte, sino que el planteamiento sólo ha de producirse cuando el juez o el Tribunal de que se trate considere que la norma de cuya validez dependa el fallo 'pueda ser contraria a la Constitución', de modo que «si el órgano judicial no tiene dudas acerca de la constitucionalidad de la norma, sino que la considera ajustada o conforme con la Constitución, no tiene por qué formular la cuestión de inconstitucionalidad aunque así se lo pida la parte»; o el Auto 301/85, de 8 de mayo, que destaca que los Tribunales de Justicia no lesionan derecho alguno «cuando se niegan a plantear ante este Tribunal la cuestión de inconstitucionalidad de la norma, que sólo procede cuando el órgano decisorio albergue dudas acerca de la validez de una Ley de la que dependa el fallo, pero no cuando estas dudas inquietan sólo a las partes».

(34) Postconstitucional, pues como es sabido, ya en su temprana Sentencia 4/81, de 2 de febrero, el TC admitió la competencia de los jueces ordinarios para inaplicar leyes preconstitucionales por considerarlas derogadas por la Constitución, pudiendo, en caso de duda, plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

aplicarla al litigio concreto, debiendo, por el contrario, promover la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad (35).

(35) Debemos señalar que el TC, sobre la base del artículo 163 CE, ha rodeado la admisibilidad en sede constitucional del planteamiento de la cuestión de dos requisitos: 1) la norma cuya constitucionalidad se cuestiona ha de ser aplicable al litigio; 2) la duda sobre la constitucionalidad de la norma, cuya solución es determinante para el fallo, ha de ser del propio órgano judicial, el cual debe expresar en el planteamiento las razones sobre las que aquélla descansa.

Pues bien, sucede que ambos requisitos han sido interpretados por el TC, y no podía ser de otra forma, de un modo bastante flexible.

En efecto, por lo que se refiere al primero de ellos, ya en la STC 17/81, de 1 de enero, tras destacar que «la extraordinaria trascendencia de las cuestiones de inconstitucionalidad como principal mecanismo de conexión entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, obliga... a extremar las garantías destinadas a impedir que esta vía procesal resulte desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza, como sería, por ejemplo, el de utilizarla para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en el que la cuestión se suscita», señaló el TC que el órgano judicial que plantea la cuestión es «el competente para determinar cuáles son efectivamente las normas aplicables al caso que ha de decidir, y el control del Tribunal Constitucional sobre este primer requisito ha de limitarse, por decirlo así, a juzgar por las apariencias», de modo que «sólo cuando de manera evidente, sin necesidad de análisis de fondo, la norma cuestionada sea, según principios jurídicos básicos, inaplicable al caso en donde la cuestión se suscita, cabrá declarar inadmisibile por esta razón una cuestión de inconstitucionalidad» (fund. jurfd. 1.º).

En cuanto al segundo requisito antes mencionado, el TC señaló en la misma STC 17/81 que «la regulación constitucional (art. 163 de la Constitución) y legal (art. 35.1 de la LOTC) de la cuestión de inconstitucionalidad no requiere como condición necesaria y suficiente para su planteamiento, como ocurre en algún otro sistema, la de que el juez o Tribunal no considere como manifiestamente infundada una cuestión suscitada por alguna de las partes del proceso. Los preceptos indicados condicionan el planteamiento al hecho de que el órgano judicial considere, esto es, estime o juzgue, que la norma es inconstitucional, lo que si bien puede entenderse que no impone a aquél una afirmación de inconstitucionalidad y permite que el planteamiento se haga en los casos de duda, de indeterminación entre dos juicios contradictorios, sí exige que el razonamiento que cuestiona la constitucionalidad haya de exteriorizarse, proporcionando los elementos que lleven al mismo, como explícitamente manda el artículo 35.2 de la LOTC. No puede el juez, ni remitirse a las dudas que en cuanto a la constitucionalidad de una norma hayan expresado las partes, ni limitarse a manifestar la existencia de su propia duda sin dar las razones que la abonan, pues ni las partes de un proceso ordinario están legitimadas para proponer la cuestión ante el Tribunal Constitucional, ni la decisión de éste es posible sino como respuesta a las razones por las que los órganos del poder judicial dudan, en un caso concreto, de la congruencia entre la Constitución y una norma con rango de Ley» (fund. jurfd. 1.º).

Pues bien, sucede que a pesar de los términos tan claros del pronunciamiento recién transcrito, la propia jurisprudencia del TC ha venido a demostrar que en la prác-

«Los órganos judiciales ordinarios —señaló el TC en la recién citada sentencia 23/88— no pueden dejar de aplicar por sí mismos, por razón de su inconstitucionalidad, y mediante el uso del principio de jerarquía, una ley posterior a la Constitución, resolviendo por sí mismos el dilema en que le sitúa la eventual contradicción entre la Constitución y la ley», de forma que «la norma legal, aun contraria a la Constitución, está vigente en tanto que este Tribunal no la declare inconstitucional y, por ello, nula». «De este modo —continuó el Tribunal—, y en defensa de la dignidad de la ley, emanada de la representación popular, el órgano judicial no está autorizado, si duda de su constitucionalidad, a desconocer su vigencia, y para evitar la aplicación de la norma inconstitucional ha de cuestionarla ante este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 163 de la Constitución» (F. j. 1.º).

¿Y cuáles son las consecuencias de un incumplimiento de tal obligación?

La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (consagrado en el artículo 24.1 CE) por alteración del sistema de fuentes, susceptible de ser corregida por el TC por la vía de amparo.

En palabras del TC, «la tutela judicial efectiva, a la que todos tienen derecho, entraña, como presupuesto implícito e inexcusable, la necesidad de

---

tica, sólo en supuestos extremos declarará el TC inadmisibles el planteamiento de una cuestión.

Prueba de ello, a título de ejemplo, es la reciente STC 76/90, de 26 de abril, en la que, ante las alegaciones tanto del Abogado del Estado como del Fiscal General del Estado de que no se habían satisfecho las condiciones procesales necesarias para la admisión a trámite de una de las cuestiones de inconstitucionalidad promovida por la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, «pues en el Auto de planteamiento no se ofrece un razonamiento suficiente acerca del modo en que la solución del asunto deducido en vía judicial depende de la validez de la norma legal cuestionada», el TC, tras señalar que el «juicio de relevancia» (esto es, «el esquema argumental dirigido a probar que el fallo del proceso judicial depende de la validez de la norma cuestionada») se cumplía en aquellos casos en los que, como en el supuesto en cuestión, se impugnaba una norma reglamentaria y el juez dudaba de la constitucionalidad de la norma legal que aquella venía a desarrollar o ejecutar, pasó a examinar si el Auto por el que se promovía la cuestión había «exteriorizado suficientemente» el mencionado «juicio de relevancia».

Una vez recordado que «la Sala —del TS— no puede abandonar todo protagonismo y limitarse a trasladar a este Tribunal las supuestas inconstitucionalidades que la Corporación recurrente denunció, sino que es el propio órgano judicial el que debe exponer de forma razonada sus dudas sobre la constitucionalidad de las normas con rango de Ley de las que depende el fallo», el TC admitió que el Auto en cuestión había cumplido las exigencias de su admisión en sede constitucional «de acuerdo con una interpretación flexible de nuestra Ley Orgánica, que es la que inspira en general las actuaciones de este Tribunal... pues, a fin de cuentas, sólo cuando resulte evidente que la norma legal cuestionada no es en modo alguno aplicable al caso cabe declarar inadmisibles una cuestión de inconstitucionalidad» (fund. jur. 1.º).

que los juzgadores resuelvan *secundum legem* y ateniéndose al sistema de fuentes establecido (art. 1.7 del Código Civil), exigencia que, si bien no hará posible en este cauce el control genérico sobre la razonable interpretación de las normas seleccionadas como aplicables por los órganos judiciales, a los que constitucionalmente corresponde esta función, sí permitirá reconocer una indebida denegación de la tutela judicial en la hipótesis de que el órgano judicial, desconociendo la ordenación constitucional y legal sobre el control de normas, quiebre el derecho del justiciable a que su pretensión sea resuelta según aquel sistema y no aplicando la regla en que la pretensión se base sin tener en cuenta la ordenación de los controles normativos (arts. 106.1 y 163 de la Constitución), y entre ellos la cuestión de inconstitucionalidad, a través de la cual se consigue garantizar al mismo tiempo la sujeción de los órganos judiciales a la ley y a la Constitución» (F. j. 1.º) (35 bis).

Así pues, queda vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el juez decide *al margen del sistema de fuentes*, no cuando el juez decide, aun erróneamente, respetando el orden constitucional y legal de aplicación de las normas; o lo que es igual, lo que resulta amparable es el error judicial en la interpretación de las normas en las que se estructura cuál es la norma a su vez aplicable en cuanto al fondo, no el error en la interpretación del contenido de la norma declarada aplicable conforme a lo establecido en lo que hemos denominado «normas estructurales» (como, por ejemplo, amén del artículo 163 CE, el artículo 149.3, *in fine*, CE, o el 23 LRJAE, 2.2 CC, etc.),

---

(35 bis) En fase de corrección de pruebas del presente trabajo, el BOE de 20 de junio de 1990 recoge una STC (90/90, de 23 de mayo) en la que se consolida la doctrina sentada en la STC 23/88.

En efecto, alegada por el recurrente la vulneración del artículo 24.1 CE como consecuencia de la aplicación por la Magistratura de Trabajo número 1 de Madrid de una norma supuestamente derogada, el TC rechaza el amparo sobre la base de que «es facultad propia de la jurisdicción ordinaria determinar la norma aplicable al supuesto controvertido y cuál o cuáles son la o las normas derogadas, determinación que podrá constituir vulneración de la legalidad ordinaria, pero no lesión de la Constitución», de forma que «el control por parte de este Tribunal de la selección de la norma aplicable llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales sólo podrá producirse, en términos generales, si se ha tratado de una selección arbitraria, manifiestamente irrazonable (STC 23/1987, F. j. 3.º), o ha sido fruto de un error patente; si se ha desconocido o no se ha tenido en cuenta por el juez la ordenación constitucional y legal de los controles normativos (arts. 106.1 y 163 de la Constitución), por ejemplo, no aplicando directamente una ley posconstitucional por entenderla incompatible con la Norma Fundamental sin plantear cuestión de inconstitucionalidad (STC 23/1988, F. j. 1.º); o, en fin, si de dicha selección se ha seguido daño para otro derecho fundamental distinto al de la tutela judicial efectiva e igualmente tutelable a través de la vía de amparo (STC 50/1984, F. j. 3.º, ATC 254/1982)» (F. j. 4.º).

salvo, lógicamente, que dicho error lleve aparejado, desde un punto de vista material, la vulneración de algún derecho fundamental (36).

De ahí que se desconozca el derecho a la tutela judicial efectiva no sólo cuando el juez inaplica una ley por considerarla inconstitucional, sino cuando, constatada una contradicción entre la ley y la Constitución, el juez aplica sin más aquélla, desconocimiento en este caso del artículo 24 CE, que sólo podrá advertirse a partir de un análisis del contenido de la sentencia en el que pueda observarse *bien una ausencia de motivación, ante las alegaciones de las partes, sobre la constitucionalidad de la ley que va a resultar aplicada al litigio, bien un razonamiento expreso en el que, exponiéndose la contradicción, se aplique la ley sin haber salvado jurídicamente la incompatibilidad en cuestión.*

De ahí que también constituya alteración del sistema de fuentes y, por tanto, vulneración de la tutela judicial efectiva, el desconocimiento por el juez ordinario de las «sentencias interpretativas» del TC, técnica ésta a través de la cual el TC establece que determinadas aplicaciones de la ley son inconstitucionales, quedando la misma, en consecuencia, ya declarada inconstitucional para tales supuestos (37).

Pasando ya al ámbito de la cuestión prejudicial comunitaria, y comenzando por el problema de la validez, es evidente que, en el sector de nuestro ordenamiento conectado con las Comunidades Europeas, «la ordenación constitucional y legal sobre el control de las normas» (38), en la que lógicamente hay que incluir el Tratado CEE con su artículo 177 tal y como ha sido interpretado por el TJCE, impone que ningún juez o Tribunal español es competente para inaplicar una norma comunitaria en un litigio interno por considerarla, por su propia autoridad (39), inválida.

---

(36) Como acertadamente señala E. ALONSO GARCÍA, «una cosa es que un juez interprete erróneamente que una ley ha sido derogada por otra e inaplique la primera, y otra bien distinta es que, entendiéndola vigente la primera, se irroque el poder de inaplicarla subvirtiendo el sistema de fuentes del Derecho. O, por ejemplo, una cosa es equivocarse en el juicio acerca de si un reglamento contradice o no una ley u otra norma de rango superior y otra bien distinta es que, admitiendo que existe esta contradicción, aun así el juez decida aplicar el reglamento» («El control por el Tribunal Constitucional del sistema español de fuentes del Derecho a través del artículo 24 de la Constitución [Comentario sobre diversas líneas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional sugerido por la lectura de la sentencia 23/1988, de 22 de febrero]», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1988, núm. 24, p. 199).

(37) En este sentido, E. ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, p. 204.

(38) Son palabras ya citadas del TC, Sentencia 23/88, de 21 de febrero.

(39) Esto es, sin mediar cuestión prejudicial y con la salvedad ya apuntada en su momento con relación a los procesos provisionales. Distinto es que el TJCE se haya

Hasta aquí el tema es igual que el mecanismo interno de la cuestión de inconstitucionalidad: del mismo modo que el juez español no puede dejar de aplicar una ley postconstitucional por considerarla contraria a la Constitución porque así lo impone el artículo 163 CE, como ha sido entendido por el TC, intérprete supremo de la Constitución, tampoco puede dejar de aplicar una norma comunitaria por considerarla no ya contraria al Derecho interno (en cuyo caso jugaría el ya visto principio de primacía), sino contraria al propio ordenamiento jurídico comunitario, porque así lo impone el art. 177 TCEE, como ha sido entendido por su intérprete supremo, el TJCE.

El incumplimiento de esta obligación, puesto que implica una alteración de la ordenación sobre el control de normas y, por tanto, sobre el sistema de fuentes, constituye el primer supuesto de violación de la tutela judicial efectiva recurrible ante el TC por la vía de amparo.

Un segundo supuesto, encajable en el artículo 24.1 CE, se produce cuando el juez tiene «duda razonable» sobre la validez de norma comunitaria y no la plantea al TJCE. Se da este supuesto cuando en el proceso intelectual que lleva al juez a afirmar la validez de la norma comunitaria puede advertirse que se encontró ante una «duda razonable», optando por resolverla por su propia autoridad.

Pero, a diferencia del sistema interno, en el que el juez ordinario tiene la más amplia facultad para concluir en el juicio positivo de constitucionalidad, produciéndose vulneración de la tutela judicial efectiva *sólo cuando no razona la adopción de su posición* constatada la existencia de una posible contradicción entre ley y Constitución (de ahí que el juicio tenga que ser «positivo» en dos acepciones, esto es, juicio expreso y razonado, y en favor de la constitucionalidad de la ley), cuando la norma a aplicar es comunitaria, *el juez no puede, bajo riesgo de vulnerar* el artículo 24 CE, concluir por su propia autoridad, si media «duda razonable», resolviendo en favor de su validez.

Dicho en pocas palabras: por lo que se refiere a la cuestión de inconstitucionalidad, el juez, ante la duda, resuelve positivamente por su propia autoridad; por lo que se refiere a la cuestión prejudicial, el juez, ante la duda, debe plantearla ante el TJCE.

Finalmente, como tercer supuesto de violación del artículo 24.1, tendríamos aquel en el que, de modo similar a lo que sucede con las sentencias interpretativas del TC, el juez nacional se aparta *motu proprio* de un pronunciamiento realizado por el TJCE sobre la norma comunitaria aplicable al litigio

---

pronunciado declarando la invalidez de la norma comunitaria: en este caso no es que el juez interno pueda, sino que debe dejar de aplicar dicha norma, pero ya no por su propia autoridad, sino por la autoridad que le confiere el pronunciamiento del TJCE.

interno, pues la correcta utilización del sistema de fuentes no se agota en la elección de la norma efectivamente aplicable al litigio en cuestión, sino en su aplicación conforme a los parámetros, cuando existan, marcados por su intérprete supremo, en este caso, al tratarse de normas comunitarias, por el Tribunal de Luxemburgo.

## 2. *El derecho al juez predeterminado por la ley*

Ya vimos en su momento que una vez declarada una norma aplicable a un litigio interno, cualquier «duda razonable» en torno a la interpretación de la norma implica, si se trata de un juez de última instancia, obligación de plantear cuestión prejudicial ante el TJCE.

Ahora bien, en los casos en que el juez nacional resuelve por sí mismo la duda sobre la interpretación de una norma comunitaria resulta más difícil el sustentar que se ha cometido un atentado contra la tutela judicial efectiva. Aquí el incumplimiento de la obligación derivada del artículo 177 TCEE no necesariamente determina una vulneración del sistema de fuentes ni materialmente del Derecho comunitario. El juez habrá hecho una mala aplicación del artículo 177, pero no ha prescindido de las fuentes aplicables ni ha modificado su orden. Cabe incluso que el juez haya resuelto la duda de la misma forma que posteriormente lo haga el juez europeo, habiéndose dado, sin embargo, un incumplimiento formal del citado artículo 177 del Tratado comunitario.

Para estos supuestos parece más aconsejable invocar el artículo 24.2 de la Constitución, ya que lo que en puridad existe es una vulneración del derecho al juez legal. Cuando un Tribunal español, aun teniendo dudas sobre la interpretación de una norma comunitaria, resuelve sin consultar al Tribunal de Luxemburgo, lo que está haciendo es invadir la competencia del Tribunal comunitario. Aunque no haya alterado el sistema de fuentes, sí se ha inmiscuido en la esfera de poder reservada al TJCE.

El Tribunal Constitucional (sentencia 11/1984, de 28 de noviembre) ha dicho que el artículo 24.2 «garantiza a toda persona (...) un juez ordinario previamente determinado mediante la institución jurídico-pública de las competencias legales». Asimismo, en el Auto 111/1982, de 10 de marzo, se lee que «el juez predeterminado por la ley se refiere exclusivamente a la certeza e inamovilidad del juez legal, que evite designaciones orgánicas que alteren normas competenciales de conocimiento, carga y deber de abstenerse del conocimiento de un proceso». Es claro que se infringe el artículo 24.2 cuando un Tribunal español, excediéndose de su competencia, resuelve una duda de

interpretación del Derecho comunitario, pese a que explícitamente el mismo Tribunal haya manifestado la posibilidad de que quepa una interpretación distinta a la que él ofrece. En este caso estamos ante un defecto manifiesto de competencia que afecta al derecho al juez legal predeterminado por la ley.

Y ¿cuándo se produce la vulneración de dicho derecho? No cuando nos encontramos ante interpretaciones erróneas sobre el contenido de la norma a aplicar, sino cuando, en los términos vistos en relación al juicio positivo de validez, en el proceso intelectual que lleve al juez a dicha interpretación errónea en cuanto al fondo, puede advertirse que el juez se encontró ante una «duda razonable», planteada o no por las partes, optando por resolverla por su propia autoridad, lo que implicará igualmente necesidad de un análisis detallado de lo actuado en el proceso concreto, única forma de poder advertir si existía o no una duda interpretativa razonable sobre el texto a aplicar.

La dificultad radica, en todo caso, en determinar si existía «duda razonable» y, a pesar de todo, si el juez resolvió sin plantear la cuestión.

Pueden encontrarse supuestos en los que la «duda» resulte, en principio, clara, como, por ejemplo, cuando existe jurisprudencia contradictoria en torno a la interpretación de una disposición comunitaria.

Cuestión distinta, ya lo hemos señalado, es que sobre una determinada materia exista ya jurisprudencia del TJCE; en este caso, como deja bien claro el Tribunal Constitucional alemán, el juez interno tiene una opción evidente: aplicar dicha jurisprudencia al litigio concreto o plantear cuestión prejudicial en busca de nuevas aclaraciones o incluso de un giro jurisprudencial.

Quizá un ejemplo ilustrativo de cuándo se podría producir una vulneración del artículo 24 CE —con relación al planteamiento de la cuestión prejudicial— lo constituya el propio artículo 177.

En efecto, hemos visto que, pese a que una lectura literal del citado precepto podría llevar a pensar que los Tribunales «inferiores» estarían facultados para, por su propia autoridad, concluir en la invalidez de una norma comunitaria, el TJCE sostuvo lo contrario en su sentencia Foto-Frost, de 22 de octubre de 1987 (314/85).

Pues bien, hasta que tuvo lugar tal pronunciamiento (¡ni más ni menos que en 1987!), parece que los Tribunales internos cuyas decisiones no son susceptibles de recurso, aquí los españoles, no habrían vulnerado el art. 24 CE si, bien interpretando por propia iniciativa literalmente el artículo 177, bien haciéndolo mediante rechazo razonado de interpretaciones de las partes en la línea que acabará marcando la sentencia Foto-Frost, hubieran concluido afirmando la facultad de los Tribunales «inferiores» para considerar como inválida, por su propia autoridad, una norma comunitaria (lo cual habría supuesto, no debe olvidarse, una interpretación de un precepto comunitario, el

artículo 177, por un Tribunal «superior» sin mediar planteamiento de la cuestión prejudicial).

Ahora bien, mostrada en la propia sentencia interna, antes de 1987, una duda en torno a la correcta interpretación del precepto, resuelta, no obstante, sin plantear la cuestión prejudicial, y, por supuesto, interpretar después de 1987, también por su propia autoridad —aquí sin necesidad de que la sentencia evidencie una duda del juzgador—, en sentido contrario al sentado en la sentencia Foto-Frost, son claros ejemplos de vulneración del artículo 24, amparables ante nuestro TC.

La conclusión que puede extraerse de todo lo expuesto es semejante a la que se postula desde la perspectiva comunitaria para iniciar un recurso por incumplimiento ex artículo 169 TCEE: teniendo en cuenta la cautela con la que debe enjuiciarse no ya la solución dada por un juez a un litigio concreto, sino el proceso intelectual por el que el juez llega a tal solución, sólo en supuestos extremos podrá actuarse el mecanismo de la vía de amparo por el hecho de no plantear la cuestión prejudicial.

Los dos *más evidentes* son:

1.<sup>a</sup> El juez interno se aparta de las líneas ya marcadas desde Luxemburgo, sobre todo cuando el pronunciamiento del TJCE ha tenido lugar en el contexto del mismo proceso interno, como sucedió en el asunto alemán ya visto, resuelto por Auto de 8 de abril de 1987 del TCFA.

2.<sup>a</sup> El juez interno inaplica la norma comunitaria por considerarla él mismo inválida (40).

---

(40) La escasa jurisprudencia española sobre la cuestión prejudicial ha sido rigurosamente estudiada por 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», en REDA, n.º 66, 1990.