Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

LA ACCIÓN DE CONTROL DE LA LEY EN EL CONTEXTO DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y TRIBUNALES ORDINARIOS DE JUSTICIA

Ana Carmona Contreras
Catedrática de la Universidad de Sevilla

1. Tribunal Constitucional y ley en el marco de la Constitución como norma suprema

La Constitución, como pacto social legitimado por la soberanía popular, se afirma como norma suprema del ordenamiento, lo que le permite abandonar el terreno de la invisibilidad jurídica en el que estuvo instalada durante la precedente fase del Estado liberal. Su entronización no solo como norma, sino también como «la» norma que crea y da origen al sistema político y al ordenamiento jurídico trae consigo una imagen de Constitución empoderada que extiende sus efectos sobre poderes públicos y ciudadanos (artículo 9.1 CE) y, asimismo, genera un efecto de condicionamiento que se proyecta sobre el edificio normativo en un doble sentido. En primer lugar, negativo, puesto que no tolera y, por lo tanto, expulsa de su seno a toda disposición que contravenga los mandatos en ella establecidos. En segundo, en términos positivos, dado que regula en primera persona el proceso de creación jurídica, atribuyendo los correspondientes poderes a unos u otros sujetos y determinando el valor respectivo a las normas que esos sujetos crean[1]. Es precisamente la afirmación de esta función por parte de la Constitución, asumiendo el rol de *dominus* en el diseño de los mecanismos de producción jurídica, la que conduce inmediatamente a la pérdida por parte de la ley de su precedente carácter omnímodo[2]. Sometida a los dictados constitucionales, resulta

[1] De Otto, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 83.

[2] La ley de los ordenamientos liberales atesora la cualidad de la soberanía, en tanto que expresión de la voluntad general de la sociedad, representada en el Parlamento. Estamos, por lo tanto, ante una ley que, siguiendo los postulados ideológicos de la época, se caracteriza por dos rasgos esenciales: generalidad y abstracción.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

destronada[3] y, consecuentemente, el principio de legalidad abandona su anterior puesto de cabecera ordinamental para someterse al de constitucionalidad. La ley queda despojada de su anterior carácter constituyente (o si se prefiere, fundante del ordenamiento jurídico) y, por ende, ilimitado. En el contexto del Estado social y democrático de derecho (artículo 1.1 CE), viene desplazada al terreno de los poderes constituidos y, por tanto, limitada por las prescripciones constitucionales. A pesar de ello, sin embargo, a fin de obtener una imagen completa de la cuestión, ha de situarse en primer término que el firme propósito de parlamentarizar el proceso de creación jurídica primaria del que hace gala nuestra Constitución[4], confiere a la ley una posición preeminente en el nuevo edificio normativo.

Para velar porque los nuevos postulados inherentes al principio de supremacía constitucional sean efectivamente respetados por las fuentes primarias, la Constitución procede a encomendar la función de su control a un órgano específico al margen del tradicional esquema de división de poderes: el Tribunal Constitucional. Una instancia a la que su ley reguladora define como «intérprete supremo de la Constitución» (artículo 1.1 LOTC). De la ley inexpugnable propia del Estado liberal se pasa a la ley privilegiada del Estado constitucional[5]. A este respecto, resulta necesario recordar que tal privilegio incorpora dos dimensiones interconectadas. En primer término, la ley es una norma privilegiada como consecuencia de la relación exclusiva que entabla con la Constitución. Siendo esta una norma que, en palabras del Tribunal Constitucional, «incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de la convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico»[6], su contenido expresa «propuestas de soluciones y coexistencias posibles, es decir, un compromiso de posibilidades»[7] cuya ulterior concreción corresponde al legislador, representante de la soberanía popular que se reúne en las asambleas parlamentarias. Sobre la base de este planteamiento, la ley no se limita a llevar a cabo una mera ejecución de las previsiones constitucionales sino, antes bien, a dotarlas de efectiva concreción, lo que apunta directamente hacia el ejercicio de una labor creativa dotada de una innegable —e irrenunciable— carga de politicidad. Así es porque ha de tenerse muy presente que «el legislador siempre está reduciendo las distintas posibilidades del texto constitucional a una sola y en

---

[3] Zagrebelsky, *El derecho dúctil El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia,* Trotta, Madrid, 2007, p. 40.

[4] Punset, R., «Potestades normativas y forma de Gobierno» en: *Potestades normativas y forma de gobierno*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 84.

[5] Requejo, J. L., «La ley desamparada. Consideraciones sobre el juez natural de la ley democrática de los Estados de la Unión Europea» en: PLAZA, C. (coord..), *Tribunal Constitucional y Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021, p. 17.

[6] STC 9/1981, FJ 4.

[7] Zagrebelsky, G., *op. cit.,* pp. 13-14.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

eso precisamente consiste su trabajo, en moverse dentro de las posibilidades ofrecidas por una norma constitucional, y no fuera de ellas, optando por una determinada»[8].

Esta necesidad incuestionable de moverse dentro del perímetro constitucional remite a la segunda manifestación del carácter privilegiado de la ley, esto es, la que reserva la declaración de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional en régimen de monopolio. La implantación del sistema concentrado de justicia constitucional está al servicio y es resultado de «esa voladura controlada del dogma de la soberanía de la ley»[9] que produce el establecimiento del Estado constitucional democrático. En este sentido, la apuesta por el Tribunal Constitucional que lleva a cabo la Constitución española de 1978 sigue una línea similar a la de otros países que «han debido improvisar una tradición constitucional y democrática rigurosamente inédita» y en los que este órgano está llamado a garantizar el nuevo régimen constitucional implantado[10]. Ese privilegio de matriz orgánica que atribuye el control de la ley únicamente a la jurisdicción constitucional incorpora, además, una faceta sustancial referida a la validez de aquella, puesto que la norma sometida a impugnación goza de una presunción de constitucionalidad que se mantiene intacta hasta tanto el Tribunal Constitucional no se manifieste en contra. En efecto, solo cuando se constate que la disposición sometida a sus jurisdicción ha rebasado, desconociéndolos, los límites constitucionales, se procederá a su expulsión del ordenamiento jurídico.

Es, precisamente, en el marco de referencia trazado donde se explica que, en un sistema de justicia constitucional concentrada como el introducido por nuestra Constitución en su Título IX, los jueces, en el desarrollo de su función, se rijan por el principio de vinculación a la ley («sometidos únicamente al imperio de la ley», en la expresión utilizada por el artículo 117.1 CE) y, al mismo tiempo, carezcan de la facultad de formular un juicio de adecuación constitucional con respecto a las mismas[11]. Para el supuesto de que se suscitase la duda «en algún proceso,

---

[8] Cruz, P., «¿Reserva de Constitución? Comentario al FJ 4 de la STC 76/83, de 5 de agosto, sobre la LOAPA», en: Revista Española de Derecho Constitucional, 9, 1983, p. 202.

[9] Requejo, J. L., *op. cit.,* p.18.

[10] *Ibidem.*

[11] Con respecto a las leyes preconstitucionales, la STC 4/1981, FJ 1 D), introdujo un criterio diferenciador con relación al caso de las leyes anteriores a la Constitución cuya validez suscita dudas al juez ordinario. En tal caso, aclara el TC que «(A)sí como frente a las Leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales los Jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad». Resulta claro que, de estimar la contradicción con la Constitución de una ley precedente, la jurisdicción ordinaria ha de proceder a su inaplicación. El efecto de la Disposición Derogatoria 3ª CE se impone en tal caso. Ahora bien, ante la duda de constitucionalidad, a quien corresponde su determinación es al TC. Otro supuesto en el que

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución» la vía a transitar es la de plantear «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». La jurisdicción ordinaria, por lo tanto, queda vinculada por la obligación de aplicar las leyes y las normas con fuerza, rango y valor similar que gozan de la presunción de constitucionalidad. El monopolio del Tribunal Constitucional, en este punto, se muestra inquebrantable.

2. Tribunal Constitucional, Constitución y ley en el contexto de la integración supraestatal

2.1. Integración y supremacía constitucional

Con la irrupción en sede constitucional del fenómeno de supraestatalidad normativa[12], la Constitución rinde tributo expreso a la apertura del ordenamiento al ámbito externo, dedicando un capítulo específico (el tercero del Título tercero, bajo el epígrafe las Cortes Generales) a los Tratados internacionales (artículos 93 a

el control del TC en régimen de monopolio experimenta una significativa modulación nos remite a la figura del decreto legislativo. Y es que, a pesar de ser una norma con rango, fuerza y valor de ley emanada por el Gobierno tras recibir la correspondiente delegación por parte de las Cortes Generales (en forma de Ley de Bases, para la encomienda de elaboración de textos articulados o de ley ordinaria, cuando se delega la potestad para la formación de textos refundidos, según dispone el artículo 82.2 CE), la misma Constitución abre la puerta a la fiscalización por parte de la jurisdicción ordinaria, afirmando que «(S)in perjuicio de la *competencia propia de los Tribunales*, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control» (artículo 82.6 CE). Esta previsión, que sigue la inercia jurisdiccional de la etapa precedente, asumiendo la jurisprudencia en la materia acuñada por el Tribunal Supremo, ha sido concretada por el artículo 1.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el que se dispone lo siguiente: «Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación». Determinar la concurrencia de ultra vires en la que pudiera incurrir el producto normativo del Gobierno, fruto de la delegación, corresponde a la justicia administrativa y no al Tribunal Constitucional, como resultaría obligado atendiendo a la naturaleza primaria de la norma controlada. En estos supuestos, se razona en unos términos que, a nuestro juicio resultan constitucionalmente criticables, que el exceso cometido por el decreto legislativo con respecto a la ley delegante no trae consigo un efecto de nulidad sino, antes bien, de degradación de rango normativo. Así pues, una vez constatado el ultra vires, la norma afectada pierde su fuerza primaria, degradándose a la categoría de reglamento. Sobre la jurisprudencia en la materia, *vid*. Álvarez, I., «El decreto legislativo en la encrucijada», en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 34, 2020, p. 28.

[12] Pérez Luño, A., *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, La Ley, Madrid, 2011, p. 56.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

96). Especial mención merece a este respecto la previsión que dispone que por ley orgánica se autorice la atribución «a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución» (artículo 93 CE), dado que la misma contiene una habilitación para abrir una significativa brecha en la vocación de supremacía que es consustancial a la normativa constitucional. En efecto, al permitir la cesión de competencias, es la propia Constitución deja expedita la vía para desprenderse de parcelas de soberanía. La cláusula de apertura contenida en el artículo 93 CE, de este modo, adquiere una importancia capital de cara a obtener una comprensión adecuada de la imagen del edificio normativo que, empezando por sus cimientos —la Constitución— opera efectivamente en nuestro ordenamiento jurídico. Es, por tanto, la afirmación de la supremacía constitucional (cara) la que permite abrir espacios (cesión de competencias) en los que ésta renuncia voluntariamente a operar (cruz), encomendando su gestión y, asimismo, su regulación a instancias externas con una producción jurídica propia. De este modo, la cesión de poder soberano trae aparejada, como inevitable efecto inducido, la de la potestad de ordenación de las fuentes y con ello se abre la puerta para que el ordenamiento interno incorpore normas de procedencia externa (pluralismo jurídico).

Una importancia determinante asume en la configuración de este nuevo rostro plural del sistema interno de fuentes la circunstancia de que el derecho de la Unión goza de primacía. En virtud de dicho principio, tempranamente acuñado por la resolución adoptada por el Tribunal de Luxemburgo en el Asunto *Costal Enel* (1964[13]), las disposiciones europeas operativas en el ámbito de las competencias cedidas por los Estados miembros desplazan a toda norma estatal, cualquiera que sea su rango[14], que resulte incompatible con los contenidos incorporados por aquellas. Sin prejuzgar la validez de la previsión interna, la primacía proyecta sus efectos exclusivamente sobre el terreno de la eficacia, ya que constatada la colisión internormativa impide la aplicación de la regulación interna, dando preferencia a la europea. La comprensión absoluta de la primacía[15], que se predica de cualquier fuente de la Unión y surte efectos, asimismo, frente a toda norma interna, supone un abierto cuestionamiento del principio de superioridad

[13] Sentencia del Tribunal de Justicia, de 15 de julio de 1964, Asunto *Costa Enel*, 6/1964.

[14] En la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 17 de diciembre de 1970, Asunto *Internationale Handelsgeschellschaft*, C-11/70, quedó establecido que «la alegación de violaciones de los derechos fundamentales, tal como están formulados por la Constitución de un Estado miembro //…// no puede afectar la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado». El rasgo de primacía que caracteriza las normas europeas así lo determina, por lo que no cabe oponer la supremacía constitucional para justificar el eventual rechazo de su aplicación.

[15] Carácter absoluto que no tiene efectos generales, sino que, como ya se ha indicado, queda circunscrito al ámbito de las competencias cedidas por los Estados miembros. No se olvide que la Unión basa su actividad en el principio de atribución.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

jerárquica/supremacía normativa del que goza la Constitución nacional, en tanto que vértice de su ordenamiento. Se impone, pues, una atenta consideración del impacto que el principio de primacía del Derecho de la Unión genera a escala interna, calibrando su comprensión en el marco del Estado integrado. O si se prefiere, determinando cómo ha de entenderse la supremacía constitucional a la luz de dicho principio europeo. Con tal finalidad, resulta imprescindible acudir a la interpretación que de dicho principio ha llevado a cabo el Tribunal Constitucional en su Decisión 1/2004, relativa al proyecto (fracasado) por el que se establecía una Constitución para Europa, cuyo articulado incorporaba expresamente por primera vez la primacía al derecho primario.

Arranca el Tribunal su razonamiento recordando que el referido principio carece de eficacia general, quedando circunscrito su radio de acción al ámbito de las competencias cuyo ejercicio se ha cedido a la Unión «por voluntad soberana del Estado» mediante la preceptiva ley orgánica (artículo 93 CE). Gracias a la vertiente orgánico-procedimental que incorpora tal precepto, se configura una «bisagra mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos»[16]. De esta forma, la Unión Europea queda «habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos»[17]. El pluralismo normativo que se deriva de la adhesión a la Unión, por lo tanto, cuenta con un reconocimiento expreso, ofreciendo un idóneo marco de referencia, al reconocer «preferencia aplicativa» a las normas europeas y permitir el desplazamiento de las previsiones nacionales, incluidas *también* las constitucionales. La trascedente novedad que incorpora la DTC 1/2004 se cifra en la atribución de una —hasta ahora— inédita dimensión sustantiva a dicha cláusula habilitante, mediante la cual se identifica la existencia de límites materiales a la cesión de competencias (sic, a la integración misma). Aunque como el propio Tribunal reconoce dichos límites no aparecen expresamente formulados, estima que «implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto»[18]. La afirmación de esta vertiente material permite al Tribunal enriquecer la idea de primacía limitada o relativa, sirviendo como habilitación para exigir que las normas europeas relativas a las competencias cedidas sean «compatibles con los principios del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución»[19]. Más específicamente, se requiere «el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el

[16] DTC 1/1992, FJ 2.
[17] *Ibidem.*
[18] DTC 1/2004, FJ 4.
[19] *Ibidem.*

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia»[20]. Completa su razonamiento el TC introduciendo una cláusula de salvaguardia mediante la que se habilita a sí mismo a actuar en las siguientes circunstancias: «En el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del DUE llegase a resultar inconciliable este derecho con la CE, sin que los hipotéticos excesos del Derecho de la Unión respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previsto en esta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que este se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal casos se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes»[21].

La construcción jurisprudencial expuesta pone de manifiesto la existencia de un núcleo constitucional resistente a la integración, esto es, una suerte de «Constitución residual»[22] conformada por materias no susceptibles de ser cedidas (*contralímites*). Va a ser precisamente en relación con ese «mínimo constitucional indisponible»[23] donde, como contrapunto, el rasgo de supremacía que es propio de la Constitución se mantenga incólume. Por lo que respecta a las competencias cedidas, la primacía del derecho europeo provoca un irresistible efecto de arrinconamiento de la fuerza prescriptiva de la Constitución en su formulación originaria, siendo reemplazada por «una suerte de Constitución material formalizada sustancialmente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que ha establecido el principio de primacía». Así pues, si bien es cierto que, desde una perspectiva formal, la formulación de dicho principio no incorpora la pretensión de expresar «una soberanía propia de la Unión»[24], no lo es menos que, atendiendo a las consecuencias prácticas que del mismo se derivan, se constata la producción de «un efecto equivalente al de un auténtico poder soberano»[25].

---

[20] *Ibidem.* Compartimos el juicio formulado por Cruz, P., «Europeización de la Constitución española: una introducción al problema», en: Cruz, P. (coord.), *Hacia la europeización de la Constitución española. La adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*, Fundación BBVA, Bilbao, 2006, p. 36, considerando que el diagnóstico es acertado, pero no así la interpretación que del mismo lleva a cabo el TC.

[21] DTC 1/2004, FJ 6.

[22] Cruz, P., «El Tratado según la Constitución: tres planteamientos», en: Carrillo, M.-López, H. (coords.), *La Constitución Europea. Actas del III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 29.

[23] Arzoz, X., *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, INAP, Madrid, 2015, pp. 81-82.

[24] Requejo, J. L., *op. cit.,* p. 24.

[25] *Ibidem.*

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

2.2. Integración y redefinición del estatus de la ley interna

Y si la Constitución resulta arrinconada en términos aplicativos por efecto de la primacía, otro tanto va a sucederle a la ley, allí donde la cesión competencial opera y se produce una colisión con lo dispuesto en la normativa procedente de las instancias europeas. En este supuesto, según se desprende del mandato expresamente formulado por el Tribunal de Justicia en la sentencia dictada en el Asunto *Simmenthal* (1978[26]), los jueces nacionales resultan obligados a aplicar íntegramente el derecho comunitario, así como a proteger los derechos que éste confiere a los particulares, *dejando sin aplicación toda disposición normativa interna que se oponga a aquél* (la cursiva es nuestra). Se produce, pues, una clamorosa quiebra del principio constitucional del sometimiento del juez a la ley (artículo 117.1 CE). Estando en juego el derecho europeo, dicho axioma se bate en retirada, dejando expedito el campo para que la jurisdicción ordinaria dé preferencia a aquel en detrimento de la ley interna. No obstante, para solventar las dudas surgidas en torno a la aplicabilidad, los órganos jurisdiccionales nacionales cuentan con el auxilio de la cuestión prejudicial (artículo 267 TFUE). Configurada como facultad potestativa para el tribunal juzgador[27], se eleva al Tribunal de Justicia que, de esta forma, se arroga la competencia para determinar la compatibilidad entre las disposiciones contrapuestas. Consecuentemente, si este emite una resolución contraria a la compatibilidad de la ley nacional con las previsiones europeas, el resultado es claro: aquella queda despojada de eficacia aplicativa, debiendo darse preferencia a estas.

Sobre la base del esquema funcional aludido, resulta obvio que el privilegio jurisdiccional que acompaña a la norma legislativa interna, reservando exclusivamente al Tribunal Constitucional su control, experimenta una sustancial modulación. Es cierto que este sigue manteniendo el monopolio sobre la declaración de validez de la norma, un terreno en el que no se inmiscuyen los jueces de Luxemburgo, cuyo punto de mira se sitúa exclusivamente en el de la aplicación. Aun así, detectada la incompatibilidad, si bien deja intacta la validez formal de la ley nacional, en términos materiales y efectivos la destierra al limbo de la inefectividad. De este modo, al destronamiento que sufre la ley como consecuencia de la afirmación de la Constitución como Norma Suprema viene a sumarse una ulterior degrada-

[26] Sentencia del Tribunal de Justicia, de 9 de marzo de 1978, Asunto *Simmenthal,* 106/77.

[27] Artículo 267 TFUE: «1. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión; 2. Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, *dicho órgano podrá pedir al Tribunal* que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo» (la cursiva vuelve a ser nuestra).

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

ción, al quedar subordinada su aplicación a la compatibilidad con las previsiones establecidas por la normativa procedente de la Unión. Se trata, en cualquier caso, de «una decisión amparada por el constituyente», porque «nada de lo que le sucede es ajeno a la voluntad del soberano» y «la humillación de la ley no tiene otro culpable que el poder constituyente»[28]. La trascendencia que se desprende de este esquema operativo, que produce una sustancial reconfiguración de la relación con la ley y su control que nuestra Constitución atribuye al Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria, ha resultado determinante para que aquel haya afirmado una aproximación en clave defensiva, orientada fundamentalmente a preservar un ámbito de actuación propio y diferenciado frente a aquella.

3. El Tribunal Constitucional ante la aplicación del Derecho europeo por el poder judicial

3.1. Una cuestión dotada de relevancia constitucional para la jurisdicción ordinaria

Ya desde los inicios de su jurisprudencia en la materia el Tribunal Constitucional asumió una clara posición, afirmando expresamente que «el problema de la acomodación de una norma nacional a otra del Derecho Comunitario europeo» carece de contenido constitucional. Tratándose de una cuestión referida a la selección de la norma aplicable al caso, son los órganos judiciales ordinarios quienes deben asegurar la efectividad del derecho europeo, teniendo en cuenta la primacía que lo caracteriza[29]. Y para el caso de que alguna duda se plantease en el ejercicio de dicha tarea, no le corresponde al TC solventarla, debiendo los jueces acudir a los específicos mecanismos de garantías establecidos por el ordenamiento de la Unión (sic, la cuestión prejudicial). Tutelar la recta aplicación de dicha normativa se presenta como una «cuestión de carácter infraconstitucional»[30] que se sitúa al margen de la facultad enjuiciadora del TC[31]. La consideración preliminar que afirma que el artículo 93 CE no «dota a las normas del Derecho Comunitario europeo de rango y fuerza constitucional»[32] se erige en elemento determinante que

[28] Requejo, J. L., *op. cit.*, p. 29.

[29] STC 28/1991, FFJJ 6 y 7.

[30] STC 94/1991, FJ 4.

[31] A este respecto, la STC 213/1994, FJ 3, apostilla que «ni la Constitución ni ninguna ley orgánica han atribuido a este Tribunal competencia para conocer de la adecuación al ordenamiento interno al comunitario, por lo que dicha competencia debe entenderse comprendida dentro de la genérica y privativa del Poder Judicial».

[32] Recuérdese que en tal momento, dicho precepto únicamente incorporaba una dimensión «orgánico-procedimental», limitando su función a «regular el modo de celebración de una determi-

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

va a permitir, por una parte, afirmar que el hecho de la integración no ha traído consigo ninguna alteración en su condición de «intérprete supremo de la Constitución (artículo 1.1 LOTC)»[33] y, por otra, identificar el parámetro de control aplicable en la resolución de aquellos litigios en los que la actuación de los poderes públicos españoles se sustenta en previsiones europeas. Llamado a resolver tales casos, el Tribunal circunscribe su radio de acción únicamente a las disposiciones contenidas en la Constitución y su normativa de desarrollo, rechazando de plano aplicar las previsiones emanadas por la Unión[34]. Ello es así porque, como afirmó la Declaración 1/1992, «los poderes públicos españoles no están menos sujetos a la Constitución cuando actúan en las relaciones internacionales o supranacionales que al ejercer ad intra sus atribuciones»[35].

Esta actitud elusiva con respecto al impacto que la normativa europea proyecta sobre el ejercicio de la función que corresponde al TC experimenta un significativo cambio, tornándose proactiva, cuando el foco de atención se desplaza hacia la jurisdicción ordinaria. En este sentido, la primera cuestión a reseñar es que la actividad fiscalizadora que despliega el Alto Tribunal va a discurrir a través de un cauce eminentemente procesal, empleándose un canon de enjuiciamiento integrado por los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (artículo 24 CE). Desde tal premisa se concluye que los mismos resultarán conculcados si en el ejercicio de sus funciones los tribunales de justicia ignoran el sistema de fuentes vigente en nuestro ordenamiento jurídico. Dado que el mismo está compuesto por normas de derecho europeo que gozan de primacía en su ámbito de aplicación, el juez está obligado a respetarlas, de modo que si éstas resultan indebidamente preteridas se incumple tal deber y, con ello, se produce una lesión de derecho que no se circunscribe «al ámbito de la legalidad ordinaria»[36]. Así pues, aunque el TC sigue resistiéndose a controlar la actuación de la actividad de los jueces ordinarios desde la perspectiva del Derecho de la Unión, admite sin reservas que «las quejas planteadas tienen un claro contenido constitucional y forman parte del objeto de protección del recurso de amparo», debiéndose, por lo tanto, pronunciarse

nada clase de Tratado internacional» (STC 28/1991, FJ 4). Como ya se ha expuesto anteriormente, será a partir de la Decisión TC 1/2004 cuando adicionalmente se le atribuya una vertiente de índole material.

[33] STC 64/1991, FJ 4.

[34] Más específicamente, sigue razonando la STC 64/1991, FJ 4, por lo que se refiere a los recursos de amparo afirma que aun cuando el acto del poder público que se impugna haya sido dictado en ejecución de una norma europea «el único canon admisible» será «el precepto constitucional que proclama el derecho o libertad cuya infracción se denuncia», sin entrar a valorar «si aquel acto es o no regular desde la perspectiva del ordenamiento comunitario europeo».

[35] DTC 1/1992, FJ 4.

[36] STC 145/2012, FFJJ 5 y 7

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

sobre las mismas[37]. El esquema valorativo propuesto, por lo demás, circunscribe sus efectos al ámbito estrictamente procesal, lo que permite al Tribunal mantener su aislamiento frente al derecho de la Unión y seguir esquivando el desarrollo de un control de alcance material encaminado a ofrecer tutela efectiva a los concretos derechos fundamentales proclamados por aquél[38].

Una vez sentado que el parámetro inmediato de control utilizado por el Tribunal se nutre en exclusiva de los preceptos constitucionales, sin embargo, va a establecerse un puente de conexión con el ordenamiento europeo que permitirá la toma en consideración de sus disposiciones de cara a la resolución de los litigios en los que éstas resultan aplicables. El instrumento llamado a actuar como interfaz interordinamental es el artículo 10.2 CE, cuyo texto alberga un mandato de interpretación conforme que ha de presidir la actuación de los poderes públicos nacionales en relación con los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidas por la Constitución, debiendo interpretarlos «de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». A través de esta vía mediata queda abierta la puerta para la toma en consideración de la normativa europea que, a estos efectos, se identifica con un tratado internacional. Obrando de este modo, el TC limita sustancialmente la eficacia de aquella en su ámbito jurisdiccional, puesto que le atribuye un carácter indirecto, aclarando con rotundidad que el recurso a la misma no la convierte «en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales». Antes bien, estamos ante «una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal», configurándose como «un elemento más para verificar la constitucionalidad o inconstitucionalidad» de la infracción denunciada»[39]. Es evidente

[37] *Ibidem*. O para expresarlo con las palabras de Rodríguez-Izquierdo, M., «Pluralidad de jurisdicciones y tutela de derechos: Los efectos de la integración europea sobre la relación entre el juez ordinario y el Tribunal Constitucional», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 107, 2016, p. 121, «el derecho de la Unión Europea no tiene ni rango ni fuerza constitucional, pero sí llega a poseer una relevancia constitucional en conflictos específicos».

[38] De la Quadra-Salcedo, T., «El papel del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios en un contexto de tutela multinivel de los derechos fundamentales», en: *Papeles de derecho europeo e integración regional, WP IDEIR*, 23, 2015, p. 15, subraya que esta aproximación permite al TC rechazar «el control de la recta aplicación del Derecho de la Unión» y al mismo tiempo llevar a cabo el «control de la recta aplicación de la Constitución por los órganos constitucionales nacionales que proceden al desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea».

[39] STC 64/1991, FJ 5. Esta misma jurisprudencia es la que se trae a colación en la STC 26/2014, en la que el Tribunal resuelve el recurso de amparo en el Asunto Melloni tras la resolución por la STJUE de 13 de febrero de 2014 de las cuestiones prejudiciales que el mismo TC elevó ante dicho órgano. Un análisis sobre dicha resolución, señalando sus razonamientos constitucionalmente criticables se recoge en Carmona, A., «Los derechos fundamentales en la STC 26/2014: excesos e insuficiencias»,

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

que razonando en estos términos el Alto Tribunal se sitúa al margen de la cesión de soberanía que es propio del derecho de la Unión (artículo 93 CE), para situarse en el de la interpretación conforme que se predica del Derecho internacional (artículo 10.2 CE).

3.2. Proceso selectivo de la norma aplicable y cuestión prejudicial:

La exposición del marco general de referencia acotado por la jurisprudencia constitucional permite, a continuación, encarar el análisis de la que se configura como cuestión esencial, esto es, qué pautas han de seguir los jueces y tribunales de última instancia[40] cuando se plantee un conflicto entre las normas aplicables para la resolución de una controversia, siendo una nacional y otra de procedencia europea. En el marco de esta aproximación, el Tribunal lleva a cabo una valoración diversa que conduce a un resultado igualmente dispar, distinguiendo nítidamente entre el caso de que la norma que se desplaza en la resolución del litigio suscitado ante la jurisdicción ordinaria sea la europea, dando preferencia a la nacional o viceversa.

En el primer supuesto señalado, esto es, cuando ante la apreciación de un conflicto interpretativo, el juez da preferencia a la disposición nacional, resultando inaplicada la procedente de la Unión al margen del recurso a la cuestión prejudicial, el TC adopta una actitud deferente hacia aquel. En efecto, porque si la decisión de no interpelar al Tribunal de Luxemburgo «se funda en una interpretación razonable y motivada» de su régimen jurídico se da por válida la interpretación del derecho europeo realizada por la jurisdicción ordinaria. El TC intervendrá únicamente en la hipótesis de que «la motivación judicial resultara irrazonable, arbitraria o incursa en error patente»[41]. Y es que, determinar si la instancia jurisdiccional «interpretó correctamente el Derecho comunitario (…) es una cuestión sobre la que este Tribunal, que no es una tercera instancia, (…), no puede en efecto pronunciarse»[42].

Por el contrario, el TC asume una aproximación mucho más incisiva, a la hora de articular su potestad de control, en aquellos supuestos en los que la norma

---

en: Aragón, M. *et al* (dirs.), *La Constitución de los Españoles,* Fundación M. Giménez Abad — Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019, pp. 571-583.

[40] En este supuesto se activa la previsión contenida en el artículo 267.3 TFUE: «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».

[41] STC 27/2013, FJ 7.

[42] *Ibidem.*

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

aplicada sea la europea, desplazando a la interna. En este sentido, adquiere una relevancia indudable determinar si dicha operación requiere o no el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE. Para despejar tal incógnita el TC inicialmente consideró que la decisión corresponde al órgano judicial «de forma exclusiva e irreversible»[43]. Asimismo, afirmó que, aunque la no activación de tal mecanismo procesal no genera per se la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no cabe excluir que, en determinados supuestos, esa falta de planteamiento pueda llevar aparejada la lesión del derecho fundamental aludido[44]. Así sucederá cuando el órgano jurisdiccional sostenga la incompatibilidad entre la normativa nacional y la comunitaria al margen de los criterios interpretativos sentados previamente por el Tribunal de Justicia, percibiendo «una contradicción donde ningún otro órgano judicial la había apreciado». Para tal caso, el TC considera que no cabe eludir la cuestión prejudicial «conforme a la doctrina del propio Tribunal de Justicia de las CCEE (…) para someter a la consideración del Tribunal de Luxemburgo las causas o motivos por lo que, a su juicio, y fuera de los criterios interpretativos ya sentados previamente, podía ser incompatible un derecho con el otro»[45].

Si concurre la existencia de jurisprudencia del TJUE en las materias concernidas por la actividad judicial interna, nuestro TC ha procedido a desgranar distintas situaciones con respecto a las que afirma expresamente el carácter preceptivo de las resoluciones dictadas por los jueces de Luxemburgo. Precisamente sobre la base de esta última apreciación, ha concluido que las decisiones judiciales que «de forma deliberada excluyen la eficacia ex nunc de la sentencia dictada por el TJUE en un procedimiento por incumplimiento» resultan irracionales e incurren en

[43] STC 58/2004, FJ 8.

[44] STC 58/2004, FJ 10.

[45] STC 58/2004, FJ 13. Por su parte, el FJ 14 traza un paralelismo entre la cuestión prejudicial y la de inconstitucionalidad, afirmando que «cuando se trata de inaplicar una ley, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, si contradice la Constitución española, o el de la cuestión prejudicial, si es contraria al Derecho comunitario, …, debe convertirse en una de las garantías 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». Esta argumentación fue objeto de posterior rectificación en la STC 78/2010, FJ 2, en la que vino a ponerse de manifiesto la diferencia esencial que existe entre ambos mecanismos, los cuales se someten a regímenes jurídicos diversos que, a su vez, responden a exigencias no similares. En efecto, «la contradicción de la ley con la Constitución plantea un problema de validez que sólo puede resolver este Tribunal, por lo que el juez que inaplica la ley por inconstitucional sin elevar la cuestión vulnera el artículo 24.2 CE. En cambio, la contradicción de la ley con el Derecho europeo plantea un problema de estricta aplicabilidad que debe resolver el juez ordinario». Consecuentemente, para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario el planteamiento de la cuestión prejudicial «sólo resulta preciso, con la perspectiva del artículo 24.2 CE, en caso de que concurran los presupuestos fijados al efecto por el Derecho comunitario, cuya concurrencia corresponde apreciar a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria».

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

arbitrariedad, por lo que vulneran los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías[46]. Vinculada específicamente al supuesto del recurso por incumplimiento, pero extensible a otros procedimientos ventilados ante la jurisdicción europea, resulta especialmente significativa la aseveración formulada por el TC cuando afirma en su sentencia 145/2012[47] que la declaración por el TJUE de que una norma es contraria al Derecho de la Unión «impone a los órganos jurisdiccionales (*incluido, desde luego, este Tribunal*), la obligación de inaplicarla, extrayendo de esta operación jurídica las consecuencias oportunas»[48].

Asimismo, tampoco se impone la obligación de elevar la cuestión prejudicial en los supuestos acuñados en el Asunto *Ciflit* (1981)[49]. En el mismo, quedó establecido que la interpretación sostenida por el TJUE «resulta determinante para las partes en litigio»[50], (1) cuando el juez ordinario se enfrenta a una cuestión materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de decisión prejudicial en caso análogo (acto aclarado), o bien (2) cuando la correcta aplicación del derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución del caso (acto claro)[51]. Concurriendo algunas de las circunstancias indicadas, la autoridad judicial interna, una vez detectada y expuesta la similitud concurrente, sin que sea necesario elevar una nueva cuestión prejudicial, tiene la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de derecho de la Unión. Lo que no cabe en modo alguno es ignorar tal jurisprudencia, ya que ello conduce a adoptar una solución «arbitraria

[46] STC 145/2012, FJ 2.

[47] La relevancia de esta resolución ha sido enfatizada en sede doctrinal, poniendo de manifiesto lo que, en palabras de Daniel Sarmiento, supone un «giro europeo» por parte del TC. *Vid*, SARMIENTO, D., «Reinforcing the (domestic) constitutional protection of primacy of EU law: Tribunal Constitucional, judgment 145/2012 of July 2012, Iberdrola vs. Comisión Nacional de la Energía», en: *Common Market Law Review*, 50, 2013, p. 875.

[48] STC 145/2012, FJ 7, la cursiva es nuestra.

[49] En el párrafo 21 de dicha resolución (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 6 de octubre de 1981, 283/81), el Tribunal de Luxemburgo estableció la doctrina del acto aclarado y del acto claro en relación con la obligación de plantear cuestión prejudicial sobre la base del siguiente razonamiento: «un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, cuando se suscita ante él una cuestión de Derecho comunitario, ha de dar cumplimiento a su obligación de someter dicha cuestión al Tribunal de Justicia, a menos que haya comprobado que la cuestión suscitada no es pertinente, o que la disposición comunitaria de que se trata *fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia*, o que la correcta aplicación del Derecho comunitario *se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna*; la existencia de tal supuesto debe ser apreciada en función de las características propias del Derecho comunitario, de las dificultades particulares que presenta su interpretación y del riesgo de divergencias de jurisprudencia en el interior de la Comunidad» (la cursiva es nuestra).

[50] STC 232/2015, FJ 3 y 75/2017, FJ 3.

[51] STC 58/2004, FJ 13.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

e irrazonable» en la resolución del litigio que genera una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva derivada del desconocimiento del principio de primacía[52], así como de la obligación de preservarla por parte de los jueces domésticos en el ámbito de las competencias cedidas[53].

Una significativa reformulación de esta aproximación ha sido adoptada por el TC a partir de su sentencia 37/2019[54]. Al hilo de la resolución de un recurso de amparo, el Alto Tribunal ha venido a arrogarse la competencia para controlar la motivación esgrimida por el tribunal correspondiente (en este caso, la Sala Tercera del Tribunal Supremo), de no plantear la cuestión prejudicial por considerar que concurría un supuesto de «acto aclarado». En su resolución, el TC estimó que la decisión de no aplicar la normativa española, dando preferencia a la europea, generó la lesión de un proceso con todas las garantías por alteración del sistema de fuentes, ya que dicha operación se basó en una percepción errónea de la citada doctrina[55]. El Tribunal Supremo asumió su pertinencia recurriendo a una aproximación analógica, al considerar que las sentencias del TJUE invocadas se referían al sector energético, si bien no específicamente al de la electricidad, por lo que cabía su aplicación en el litigio suscitado ante su jurisdicción. Por su parte, el TC rechazará expresamente tal modus operandi, fundando su rechazo en la imposibilidad de verificar que la cuestión planteada en el litigio fuera «materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión de carácter prejudicial en un asunto análogo (Cilfit)»[56]. El argumento determinante esgrimido es que las resoluciones aludidas por el Supremo para fundamentar su decisión (Asuntos *Federutility*[57] y *Anode*[58]) se refieren al sector del gas natural y son resueltas sobre la base de sendas directivas reguladoras del mismo. Por el contrario, el caso suscitado ante su jurisdicción giraba en torno al eléctrico (concretamente, la financiación del bono social en dicho sector energético), cuyo referente normativo europeo es otro distinto. En efecto, las disposiciones tomadas en consideración por el TS aparecen recogidas «en Directivas distintas: la sentencia dictada en el asunto Federutility interpreta la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural; y la sentencia recaída en el asunto Anode interpreta la Directiva 2009/73/CE del

[52] STC 232/2015, FJ 5 c).

[53] STC 232/2015, FJ 5 b).

[54] A una conclusión similar había llegado poco antes la STC 31/2019.

[55] STC 37/2019, FJ 4 b).

[56] *Ibidem.*

[57] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 20 de abril de 2010, Asunto *Federutility y otros,* C-265/08.

[58] Sentencia del Tribunal de Justicia, de 7 de septiembre de 2016, Asunto *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE)*, C-121/15.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural. Por el contrario, el precepto que concierne al pleito resuelto por el Tribunal Supremo se encuentra en la Directiva 2009/72/CE»[59]. Asimismo, sigue razonando el TC, «lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esos supuestos no solo atañe a Directivas distintas sino que, además, incide sobre casos de muy dudosa analogía»[60]. En función de las consideraciones expuestas, concluye el TC defendiendo que las sentencias del TJUE aludidas no permiten afirmar que estemos «una cuestión idéntica y suscitada en un caso análogo al enjuiciado por el Tribunal Supremo, que son los requisitos fijados por el Tribunal de Justicia para apreciar la concurrencia del «acto aclarado» y enervar la obligación que tienen los tribunales nacionales de plantear cuestión prejudicial»[61]. Consecuentemente, la Sala Tercera del Tribunal Supremo estaba obligada al planteamiento de la cuestión prejudicial y al no hacerlo, llevó a cabo una «selección arbitraria e irrazonable de la norma aplicable» [62], lo que generó la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Estimado el amparo y devuelto el asunto a la jurisdicción ordinaria, a continuación —y como no podía ser de otro modo—, el Tribunal Supremo cumplió con el deber impuesto y procedió a elevar cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. Resuelta por la sentencia dictada en el Asunto *Viesgo Infraestructuras SL y otros* (2021[63]), nos interesa reseñar los argumentos referidos a la competencia de la jurisdicción europea, la cual resultó abiertamente discutida por las empresas eléctricas afectadas por la anulación del recurso de amparo. Estas, afirmaron ante el TJUE, que la cuestión interpuesta no aparece basada en motivos derivados del Derecho de la Unión. Muy al contrario, según tales empresas, el Tribunal Supremo resultó «obligado a presentar las cuestiones prejudiciales en virtud de un procedimiento y de una jurisprudencia nacionales cuando *no albergaba dudas de interpretación* en el asunto»[64]. En esta misma línea, la Sala Tercera puso de manifiesto que «el verdadero motivo de esa anulación (sic, de la sentencia en el recurso de amparo) radica en que el Tribunal Constitucional aplica a las resoluciones de los jueces nacionales un criterio de control distinto y más intenso en materia

[59] STC 37/2019, FJ 6.

[60] *Ibidem.*

[61] *Ibidem.*

[62] STC 37/2019, FJ 5 c).

[63] Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 14 de octubre de 2021, Asunto *Viesgo Infraestructuras SL y otros*, C-683/19.

[64] STJUE Asunto *Viesgo*, parágrafo 20 (la cursiva es nuestra). En este sentido, en el parágrafo 34 de sus Conclusiones, presentadas el 15 de abril de 2021, el Abogado General M. Bobek, recuerda que «(E)l Derecho de la Unión no se opone en modo alguno a que un tribunal superior o un tribunal constitucional decidan penalizar el incumplimiento de la obligación de plantear una cuestión prejudicial en virtud del artículo 267 TFUE».

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

de aplicación e interpretación del Derecho de la Unión cuando éstos dejan sin aplicación una ley nacional por considerarla contraía al Derecho de la Unión que cuando deciden que la normativa nacional es conforme con ese Derecho»[65]. Ante tal aproximación negacionista, el TJUE recuerda que, «en principio, está obligado a pronunciarse» en tanto que las cuestiones prejudiciales planteadas se refieran a la interpretación o la validez de normas de la Unión[66]. En dichos supuestos existe una «presunción de pertinencia» que únicamente resultará desvirtuada, provocando el deber de abstención «cuando la interpretación solicitada no tenga relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema sea de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para dar una respuesta útil a las cuestiones que se le hayan planteado»[67]. Las exigencias indicadas concurren en el asunto incoado[68], poniendo de manifiesto que la petición de decisión prejudicial obedece a una necesidad objetiva para la resolución del litigio»[69], lo que despeja toda duda sobre la competencia del TJUE en este caso[70]. Sentadas tales premisas, a continuación, se abordaron los aspectos sustanciales del tema, determinándose que, en efecto, la normativa nacional que regula el bono social eléctrico se opone a la regulación que de dicha materia lleva a cabo la Directiva pertinente, causando discriminación a las empresas a las que fue aplicada[71]. Detectada la colisión, la

[65] *Idem*, parágrafo 21.

[66] *Idem*, parágrafo 23

[67] *Ibidem*. Por su parte, el Abogado General M. Bobek, en el parágrafo 31 de sus Conclusiones, recordaba que «una hipotética apreciación sobre la existencia de un acto claro a efectos de exención de la obligación de plantear la remisión, en el sentido de la sentencia Cilfit, no afecta a la admisibilidad de la o las cuestiones prejudiciales».

[68] *Idem*, parágrafo 24.

[69] *Idem*, parágrafo 25.

[70] Finaliza su recorrido argumental el TJUE con una cláusula de cierre en la que recuerda que «nada impide a un órgano jurisdiccional nacional plantear al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales cuya respuesta, según una de las partes del litigio principal, no deje lugar a duda razonable alguna. Por lo tanto, aun suponiendo que así fuera, no por ello resultaría inadmisible la petición de decisión prejudicial que contuviese tales cuestiones (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de abril de 2020, Overgas Mrezhi y Balgarska gazova asotsiatsia, C 5/19, EU:C:2020:343, apartado 45 y jurisprudencia citada)».

[71] *Vid* el parágrafo 53, en el que se exponen las razones por las que se llega a tal conclusión: «Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que el coste de una obligación de servicio público, consistente en suministrar electricidad a tarifa reducida a determinados consumidores vulnerables, se haga recaer únicamente en las matrices de los grupos de sociedades o, en su caso, sociedades que desarrollen simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica, ya que este criterio, elegido por el legislador nacional para distinguir entre las sociedades que deben asumir ese coste y aquellas que quedan totalmente eximidas de hacerlo, conduce a una diferencia de trato entre las distintas sociedades que operan en ese mercado que no está justificada de manera objetiva».

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

disposición interna debe quedar desplazada en la práctica, debiendo otorgarse la debida preferencia aplicativa a su referente europeo.

La resolución emanada por el TJUE, por lo tanto, avala la interpretación de la doctrina Cilfit sostenida por la STC 37/2019. De este modo, la preferencia aplicativa de una norma europea en detrimento de otra de carácter interno por parte del juez ordinario de forma automática, esto es, sin necesidad de elevar cuestión prejudicial por estimar la concurrencia de un supuesto de acto claro o aclarado, aparece sometida a un importante condicionante: queda limitada únicamente a aquellos supuestos en que dicha doctrina se refiera un supuesto materialmente idéntico[72]. Se excluye, por lo tanto, la posibilidad de considerar su aplicación por analogía a aquellos casos con los que existe una relación de *similitud*[73]. Actuando de este modo, se refuerza esa actitud de especial deferencia con respecto a la normativa interna, cuya preterición aplicativa en beneficio de la europea aparece rodeada un nivel reforzado de cautela. Desde tal aproximación general, se confirma la impresión de que la vinculación entre el respeto de los derechos fundamentales a la tutela judicial y al justo proceso y la cuestión prejudicial se orienta de modo preeminente no a la atribución de un perfil constitucional a la colaboración de los jueces ordinarios con el TJUE sino, antes bien, al reforzamiento del deber de aplicación de la normativa interna, sometiendo su excepción a un condicionamiento previo[74]. Asimismo, el pertinaz mantenimiento de una actitud elusiva ante la normativa europea (sic, de los derechos fundamentales) en su propio ámbito de actuación, desvirtuando su eficacia jurídica (efecto de primacía) para conferirle el valor de mero canon her-

---

[72] Arzoz, X., *La garantía constitucional del deber de reenvío prejudicial,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, p. 315, anticipó el sentido de la resolución emitida por el TJUE, al considerar que la interpretación del TC «se mueve dentro de los términos de la jurisprudencia Cilfit, tal y como fue elaborada por el Tribunal de Justicia».

[73] Especialmente significativas a este respecto resultan las afirmaciones del Abogado General M. Bobek recogidas en el parágrafo 27 de sus Conclusiones, señalando que si «el tribunal constitucional nacional ante el cual se ha interpuesto un recurso extraordinario empieza a revisar si el tribunal de última instancia ha aplicado correctamente la excepción del «acto claro» de la jurisprudencia CILFIT, lo más probable es que ese propio tribunal de recurso *haya de interpretar el Derecho de la Unión*» (la cursiva es nuestra). En este sentido y para ilustrar la problemática inherente a este modus operandi en el marco de la comprensión que de su actividad sostiene el TC español frente al DUE lleva a cabo la siguiente reflexión (*vid*. nota 27): «en la comprobación específica de si existía o no un «acto claro» ante un tribunal de última instancia en un caso concreto, no puedo dejar de admirar la capacidad para revisar el fondo de un asunto sin entrar en él e interpretarlo. Es como el sueño de Schrödinger hecho por fin realidad: tener la habilidad de decir con certeza si el gato (de CILFIT) está vivo o muerto sin siquiera tener que abrir la caja (del Derecho de la Unión)».

[74] Rodríguez-Izquierdo, M., *op. cit.*, p. 132, manifiesta su percepción en torno al hecho de que para el TC «el desplazamiento en la aplicación de la ley por el juez ordinario, dando efectividad al principio de primacía de la norma europea requiere, como requisito previo, que éste eleve la cuestión prejudicial al TJUE».

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

menéutico, le permite mantener el espejismo, a efectos meramente formales, de mantener el derecho a decir la última palabra[75].

Bibliografía

Álvarez, I., «El decreto legislativo en la encrucijada», en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 34, 2020.

Arzoz, X., *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, INAP, Madrid, 2015.

—— *La garantía constitucional del deber de reenvío prejudicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020.

Bustos, R. «La aplicación judicial de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Un decálogo a partir de la jurisprudencia del TJUE», *ob. cit.*, núm. 39, 2017, p. 358.

Carmona, A., «Los derechos fundamentales en la STC 26/2014: excesos e insuficiencias», en: Aragón, M. *et al* (dirs.)*, La Constitución de los Españoles,* Fundación M. Giménez Abad — Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019.

Cruz, P., «¿Reserva de Constitución? Comentario al FJ 4 de la STC 76/83, de 5 de agosto, sobre la LOAPA», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 9, 1983.

—— «El Tratado según la Constitución: tres planteamientos», en: CARRILLO, M.-LÓPEZ BOFILL, H. (coords.), *La Constitución Europea. Actas del III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

—— «Europeización de la Constitución española: una introducción al problema», en: Cruz, P. (coord.), *Hacia la europeización de la Constitución española. La adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*, Fundación BBVA, Bilbao, 2006

De Otto, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1995.

[75] Bustos, R. «La aplicación judicial de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Un decálogo a partir de la jurisprudencia del TJUE», *ob. cit.*, núm. 39, 2017, p. 358 atribuye justamente a tal actitud la consideración de una «victoria pírrica». Por su parte, LÓPEZ, A., «La confluencia entre Tribunales Constitucionales, TEDH y TJUE», en: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2018, p. 166, señala que «la mera prelación formal de su jurisdicción de pretendida última palabra, ni se compadece con el estado actual de la confluencia judicial en el espacio constitucional europeo, ni le permite tampoco despeñar un papel más contributivo en la determinación de los estándares europeas, para no quedarse en instancia subsidiaria, de mera recepción (en su caso) crítica de estándares».

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

López, A., «La confluencia entre Tribunales Constitucionales, TEDH y TJUE», en: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2018

Perez Luño, A., *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, La Ley, Madrid, 2011.

Punset, R., «Potestades normativas y forma de gobierno», en: *Potestades normativas y forma de gobierno*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

Quadra-Salcedo, T., «El papel del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios en un contexto de tutela multinivel de los derechos fundamentales», en: *Papeles de derecho europeo e integración regional, WP IDEIR*, 23, 2015.

Requejo, J. L., «La ley desamparada. Consideraciones sobre el juez natural de la ley democrática de los Estados de la Unión Europea» en: PLAZA, C. (coords), *Tribunal Constitucional y Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Tribunal Constitucional; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021.

Rodríguez-Izquierdo, M., «Pluralidad de jurisdicciones y tutela de derechos: Los efectos de la integración europea sobre la relación entre el juez ordinario y el Tribunal Constitucional», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 107, 2016.

Sarmiento, D., «Reinforcing the (domestic) constitutional protection of primacy of EU law: Tribunal Constitucional, judgment 145/2012 of July 2012, Iberdrola vs. Comisión Nacional de la Energía», en: *Common Market Law Review*, 50, 2013.

Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 2007.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es