

LA RELACIÓN ENTRE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL Y LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

PEDRO CRUZ VILLALÓN
JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS*

- I. INTRODUCCIÓN
- II. UNA CUESTIÓN DE PRINCIPIO: OBJETO Y FIN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL NORMATIVO INCIDENTAL
- III. UNA CUESTIÓN DE PRECEDENCIA
 1. RAZONES PARA LA PRIORIDAD DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD
 2. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
 3. EL CASO ESPAÑOL
- IV. UNA CUESTIÓN DE TUTELA JUDICIAL

RESUMEN: El artículo aborda la relación entre la cuestión prejudicial ante el TJUE y los incidentes procesales de control de constitucionalidad en diversos Estados miembros, con particular atención al caso español, en aquellos casos en los que la procedencia de ambos incidentes coinciden en un mismo proceso. A estos efectos, se examinan las diversas razones de principio que postulan, en cada sistema, el que, en estos casos, el juez otorgue prioridad temporal a uno u otro mecanismo. Admitiendo la dificultad de una solución enteramente satisfactoria desde la perspectiva de los respectivos ordenamientos, el artículo llama la atención respecto de un interés insuficientemente tenido en cuenta, el de los propios justiciables. En este sentido, y con la intención de prevenir dilaciones indebidas, se apunta la posibilidad de que el juez, en la medida de lo posible, abandone el criterio de la sucesión temporal para, en lugar de ello, operar con arreglo a un criterio de simultaneidad.

* Las opiniones de los autores son estrictamente personales y ajenas a su condición de Abogado General y Letrado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respectivamente.

PALABRAS CLAVE: Cuestión prejudicial. Artículo 267 TFUE; cuestión de inconstitucionalidad; artículo 163 CE; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Tribunal Constitucional; procedimientos de control normativo incidental: cuestión prioritaria de constitucionalidad; condiciones de planteamiento de la cuestión prejudicial; condiciones de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad; tutela judicial; derecho a un proceso sin dilaciones.

THE RELATIONSHIP BETWEEN THE PRELIMINARY RULING PROCEDURE AND THE QUESTION ON CONSTITUTIONALITY

ABSTRACT: This article analyses the relationship between the preliminary ruling procedure before the CJUE and the interlocutory procedures for the review of constitutionality in several Member States, with a focus on the Spanish system, in those cases where the two incidents have their origin in the same judicial proceedings. For this purpose, we examine the reasons of principle which, according to the respective legal systems, justify the priority of each of these mechanisms of interlocutory normative control. Acknowledging the difficulty to arrive at an entirely satisfactory solution from the perspective of both systems, this article draws attention to another interest that is often insufficiently taken into account: that of the litigants themselves. In this connection, and with the aim of preventing undue delay, we point to the possibility for the judge to abandon, as far as possible, the criterion of temporal succession, and instead, to operate under a criterion of simultaneity.

KEY WORDS: Reference for a preliminary ruling. Article 267 TFUE; Interlocutory procedure for the review of constitutionality; Article 163 SC; Court of Justice of the European Union; Constitutional Court; Proceedings of preliminary normative control; Priority question on constitutionality; Conditions for the submission of a reference for a preliminary ruling; Conditions for the submission of a question on constitutionality; Right to an effective judicial remedy; Right to a process within a reasonable time.

LA RELATION ENTRE LA QUESTION PRÉJUDICIELLE ET LA QUESTION D'INCONSTITUTIONNALITÉ

RÉSUMÉ: Le présent article examine la relation entre la question préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne et les incidents de procédure du contrôle de constitutionnalité dans divers États membres, avec une attention particulière pour l'exemple espagnol, dans les cas dans lesquels les deux incidents surviennent au cours d'une même instance. Sont examinées, dans cette perspective, les diverses raisons de principe qui, dans chacun des systèmes, justifient que le juge accorde une priorité temporelle à l'un ou à l'autre mécanisme. Tout en admettant qu'il est difficile de dégager une solution entièrement satisfaisante du point de vue des ordres juridiques respectifs, l'article attire l'attention sur un intérêt qui est insuffisamment pris en considération: celui des justiciables eux-mêmes. En ce sens, et dans l'intention de pallier tout allongement indu des délais, est envisagée la possibilité que le juge, dans la mesure du possible, abandonne le critère de la succession temporelle pour lui substituer un critère de simultanéité.

MOTS CLÉS: Question préjudicielle; article 267 TFUE; question d'inconstitutionnalité; article 163 CE; Cour de Justice de l'Union Européenne; Tribunal Constitutionnel; procédures de contrôle normatif incident; question prioritaire de constitutionnalité; conditions de saisine de la Cour de Justice de l'Union Européenne; conditions de saisine du Tribunal Constitutionnel; protection juridictionnelle; tutelle judiciaire; droit à un procès dans un délai raisonnable.

I. INTRODUCCIÓN

No es del todo obvio el alcance de la problemática aludida con este título, la de la «relación» que pueda existir entre el instrumento procesal de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por un lado, y, por otro, la cuestión de inconstitucionalidad que específicamente regulan el artículo 163 CE y el Capítulo III del Título II de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, pero que a nuestros efectos puede hacerse extensivo a los diversos procedimientos incidentales, normalmente constitucionales, que permiten suspender un proceso ante un Tribunal inferior a fin de recabar la interpretación autorizada de una disposición normativa por parte de un Tribunal superior. Otros términos cabría haber utilizado, tales como «acumulación», «alternatividad», «confluencia», «convergencia». En efecto, lo que esencialmente caracteriza a la problemática aludida es la coincidencia en un mismo proceso de dos «consultas» incidentales dirigidas a dos Tribunales diferentes, esto último es esencial, y en todo caso con efectos suspensivos de la resolución pendiente. Hay, por tanto, un problema de mecánica procesal, pero hay antes un problema de identidad de las respectivas consultas, derivado tanto de la naturaleza de la consulta en cada caso planteada como del carácter de los sujetos llamados a evacuarlas. Las consultas son típicamente, y según los casos, «de constitucionalidad» y «de validez o interpretación del Derecho de la Unión»; los sujetos activos de estas consultas son órganos jurisdiccionales tan característicos como los Tribunales (o Consejos) constitucionales y el Tribunal de Justicia de la Unión.

En todo caso, el problema es de actualidad debido tanto a reformas legales, relativamente recientes, producidas en diversos Estados miembros, como a las variadas iniciativas nacionales de dirigirse al Tribunal de Justicia por la vía de la cuestión prejudicial¹. La circunstancia de que sean los Tribunales

¹ La respuesta dada por el Tribunal de Justicia a estas iniciativas se cifra en la doctrina establecida fundamentalmente en sus sentencias de 22 de junio de 2010, asunto *Melki y Abdeli* (C-188/10 y C-189/10, EU:C:2010:363), y de 11 de septiembre de 2014, asunto *A.* (C-112/13, EU:C:2014:2195).

Constitucionales los que ocasionalmente se han dirigido al Tribunal de Justicia² contribuye a construir un triángulo conceptual potencialmente temible.

Tratando de enmarcar el problema en términos principales, es claro que al mismo subyace la cuestión de la relación entre el Derecho de la Unión y los diversos ordenamientos nacionales, el español entre otros. Se sabe hasta qué punto es ésta una relación difícil, desde el momento en que está excluida la posibilidad de articularla a partir del principio de jerarquía y sólo en términos muy relativos cabe construirla con el de competencia³. En realidad, y como cuestión de principio, tanto el Derecho de la Unión como los ordenamientos de los Estados miembros parten de una acusada voluntad de independencia y supremacía; con argumentos mejor asumidos en el caso de los Estados, titulares de soberanía y erigidos sobre una Constitución cuya normatividad se concibe como originaria; más discutida en el supuesto de la Unión, en cuanto Unión carente de la condición de soberana y «constituida» por voluntad de los Estados miembros, pero no por ello con menos vocación de autonomía y de autoafirmación, cabe decir que idénticas. El proceso de integración ha dado, en todo caso, lugar a un punto irreductible de voluntad de preeminencia, del que en definitiva ha resultado una relación fundada en un equilibrio muy precario.

Digamos de entrada que cuestión prejudicial y cuestión de inconstitucionalidad son los instrumentos procesales a cuyo través el Derecho de la Unión y el Derecho nacional persiguen hacer valer su propia normatividad y, con ella, su posición respectiva. Hay entre ellas una diferencia notable en cuanto a la ambición de sus pretensiones garantistas, pues mientras la cuestión de inconstitucionalidad se ciñe a la defensa de las normas constitucionales⁴, la cuestión prejudicial persigue la indemnidad y la mayor eficacia de todas las normas de la Unión⁵. En este extremo ambos instrumen-

² Así, el asunto *Melloni*, fruto de la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional español (ATC 86/2011, de 9 de junio), a la que se dio respuesta por sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013 (C-399/11, EU:C:2013:107) y que concluyó con la STC 26/2014, de 13 de febrero.

³ A título muy elemental, D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, 3ª ed., PUF, París, 2001; J. V. LOUIS y T. RONSE, *L'ordre juridique de l'Union européenne*, Bruylant, Bruselas, 2005; R. ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 4ª ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2014.

⁴ Sobre la cuestión de inconstitucionalidad, con carácter general, E. Corzo Sousa, *La cuestión de inconstitucionalidad*, CEPC, Madrid, 1998.

⁵ Con carácter también general, N. FENGER y M. BROBERG, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de Justice de l'Union Européenne*, Larcier, Bruselas, 2013. Asimismo, K. LENAERTS,

tos procesales son expresión fidedigna del peso que cada ordenamiento está en condiciones de hacer valer en la definición del equilibrio sobre el que necesariamente han de articularse sus relaciones. Pero, aun con esa diferencia, ambos coinciden en querer para el objeto de su garantía una posición de preeminencia.

En esa voluntad de preeminencia subyace un riesgo evidente para la relación equilibrada entre ambos ordenamientos. En el caso español, la zona de fricción en la que puede materializarse ese riesgo no coincide exactamente con el de todas las normas de la Constitución formal. Si el objeto de defensa de la cuestión de inconstitucionalidad es ya de por sí muy limitado, según se ha dicho, por relación al de la cuestión prejudicial europea, aún se reduce más cuando la Constitución ha de defenderse frente a disposiciones o actos de las instituciones comunitarias. Sencillamente porque entonces las únicas normas constitucionales eventualmente implicadas son las relativas a los derechos fundamentales. Fuera de esas concretas normas, en efecto, o bien es imposible, sin más, el conflicto con el Derecho de la Unión (allí donde, de acuerdo con este último, ha de atenderse al principio de autonomía institucional y procesal de los Estados)⁶, o bien, de imponerse al principio de autonomía el principio de eficacia del Derecho de la Unión, el conflicto ha de resolverse con la inaplicación del Derecho interno y, en consecuencia, sin que haya de hacerse cuestión de la validez de la ley, lo que es tanto como abandonar el terreno propio del Tribunal Constitucional. No hay en este supuesto, por tanto, una contradicción relevante para el Tribunal Constitucional entre el Derecho de la Unión y el Derecho nacional. En cambio, en el dominio de los derechos fundamentales, que es el de las normas constitucionales sustantivas o materiales, la vocación normativa de la Unión es tan legítima como la de los Estados miembros; con mayor razón, si cabe, tras la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales⁷.

I. MASELIS, K. GUTMAN, *EU Procedural Law*, Oxford University Press, Londres, 2014, págs. 48-106 y 231-249.

⁶ Sobre el principio de autonomía institucional y procesal de los Estados, R. ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Thomson Reuters, 4ª ed., Madrid, 2014, págs. 133-136.

⁷ Así lo acredita, en particular, la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2008, *Kadi y Albarakaat* (C-402/05 P y C-415/05 P, EU:C:2008:461). Sobre las diferentes perspectivas del Tribunal de Justicia y de los Tribunales Constitucionales en el contexto de una diversidad de declaraciones de derechos fundamentales, recientemente, T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, «El papel del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordi-

El examen de la relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad puede entonces ordenarse alrededor de tres cuestiones. Una *cuestión de principio*, referida de manera directa al objeto y sentido propios de cada uno de ambos instrumentos procesales. Una *cuestión de precedencia*, a propósito de la ordenación en el tiempo de una y otra garantías. En fin, una última *cuestión de tutela judicial*, en la medida en que la ordenación temporal de esas garantías puede redundar en la quiebra del derecho a una justicia sin dilaciones, a cuyo respecto apuntamos la posibilidad de una alternativa al criterio de la precedencia.

II. UNA CUESTIÓN DE PRINCIPIO: OBJETO Y FIN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL NORMATIVO INCIDENTAL

Recordando algunas cosas sabidas a efectos de contextualizar la cuestión que directamente nos ocupa, podemos decir que la necesidad de que un Tribunal recabe el parecer de otro sobre la corrección jurídica de una norma aplicable al caso que ha de resolver constituye un fenómeno relativamente moderno. Con el precedente de la fallida reforma de la Constitución de Weimar (1924-1928), tiene su arranque institucional en la reforma constitucional austríaca de 1929, seguida en pocos años por la «consulta judicial» del artículo 100 de la Constitución de la II República española⁸, generalizándose después de la II Guerra Mundial, con un éxito indudable, distintos modelos de control concreto y concentrado de la constitucionalidad de la ley⁹. Con todas sus peculiaridades, la cuestión prejudicial del artículo 267 TFUE se inscribe inevitablemente en esa misma línea¹⁰, como lo ha hecho también la «cuestión de ilegalidad» española¹¹ y, en un futuro más

narios en un contexto de tutela multinivel de los derechos fundamentales», *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, WP IDEIR núm. 23, 2015.

⁸ Sobre el origen y las vicisitudes de los primeros pasos de estas consultas incidentales, P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

⁹ Por todos, M. AHUMADA RUIZ, *La jurisdicción constitucional en Europa*; Aranzadi, Pamplona, 2005.

¹⁰ Como es sabido, la cuestión prejudicial nace con el artículo 41 del Tratado de la CECA, limitada en origen a la validez de los acuerdos de la Alta Autoridad y del Consejo.

¹¹ Artículos 123 a 126 LJCA (Ley 29/1998, de 13 de julio, en cuya exposición de motivos se admite que «[l]a regulación de este procedimiento ha tenido en cuenta la experiencia

o menos próximo, y de forma más peculiar aún, la cuestión (facultativa) incorporada en el sistema del Convenio de Roma (Protocolo n° 16)¹².

Se trata de un fenómeno que claramente tiene que ver con la distribución de las competencias jurisdiccionales. Sea en el interior de un mismo ordenamiento (divisoria entre el plano de la legalidad y el plano de la constitucionalidad)¹³, sea por referencia a un ordenamiento autónomo (cuestión prejudicial de la Unión; cuestión facultativa del Convenio de Roma). Los problemas, como hemos avanzado, comienzan cuando varios mecanismos de control concreto o incidental entran, por así decir, «en concurrencia». O, dicho más concretamente, cuando el Tribunal encargado de resolver un determinado litigio debe dirigirse incidentalmente a más de un Tribunal para recabar el sentido de normas integradas en ordenamientos autónomos —esto es, no articulados a partir de una norma común y superior— y cuya compatibilidad con la norma aplicable es condición necesaria para que esta última pueda ser aplicada al caso.

Ciñéndonos al ámbito de la Unión —y dejando, por tanto, a un lado el supuesto de la eventual cuestión facultativa del Convenio de Roma—, la cuestión de inconstitucionalidad y la cuestión prejudicial son los instrumentos procesales necesarios para hacer compatibles las dos condiciones de eficacia que pesan sobre la ley española: una condición de *validez*, dependiente de su respeto a la Constitución, y una condición de *aplicabilidad*, dependiente de su compatibilidad con el Derecho de la Unión. Se trata de dos condiciones autónomas, en el sentido de que, por un lado, la validez de la ley no depende de su compatibilidad con el Derecho de la Unión¹⁴, y, por otro, su validez (su constitucionalidad) no excluye su inaplicabilidad por imperativo de ese Derecho. En otras palabras, el juicio sobre la constitucionalidad de la ley no dice nada sobre su compatibilidad con el Dere-

de la cuestión de inconstitucionalidad prevista por el artículo 163 de la Constitución y se inspira parcialmente en su mecánica»).

¹² Abierto a la firma el 2 de octubre de 2013 y necesitado de 10 ratificaciones para su entrada en vigor, a 27 de marzo de 2015 ha sido objeto de 14 firmas y 2 ratificaciones.

¹³ Divisoria que en el ámbito de los derechos fundamentales es difícilmente practicable. En este sentido, I. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, «El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación u y alternativas de desarrollo», en A. DE LA OLIVA SANTOS e I. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 69-203.

¹⁴ Así lo viene repitiendo el Tribunal Constitucional desde la STC 28/1991, de 14 de febrero.

cho de la Unión. Y la inaplicabilidad comunitaria puede darse aun en el supuesto de leyes constitucionalmente inobjetable¹⁵.

Partiendo de esta inicial autonomía entre ambos instrumentos procesales, es claro que cada uno de ellos responde a su propia *ratio*. Así, la cuestión de inconstitucionalidad es un instrumento de cooperación de los Tribunales ordinarios en la función de control de la ley reservada al Tribunal Constitucional. Como es sabido, el monopolio reservado al Tribunal Constitucional frente al Juez ordinario no se refiere al enjuiciamiento de la ley, sino a las consecuencias de un enjuiciamiento negativo. El Juez ordinario es también Juez de la ley: la juzga cuantas veces la aplica. Pero no puede extraer las consecuencias de un juicio negativo: la nulidad de la ley. A esto último se ciñe, en consecuencia, el llamado *monopolio de rechazo* del Tribunal Constitucional¹⁶. En último término, el Juez ordinario también coopera con el Tribunal Constitucional en el control de la ley al aplicar por sí mismo la ley de cuya constitucionalidad no duda. Pero, sobre todo, lo hace elevándole la preceptiva cuestión respecto de aquéllas sobre las que abriga una duda fundada¹⁷.

¹⁵ Hay, sin embargo, una zona de coincidencia, en la medida en que la ley declarada inconstitucional es inaplicable *a todos los efectos*. También, por tanto, en el supuesto de que sea compatible con el Derecho de la Unión. Lo que, por su lado, puede traducirse en un problema para el Estado si se diera el caso de que hubiera de inaplicarse, por inconstitucional, una norma que, desde el punto de vista de la Unión, fuera necesaria para cumplir con las obligaciones exigibles a España en tanto que Estado miembro. La cuestión sólo interesa aquí en la medida en que la ley declarada inconstitucional se hubiera limitado a transponer disposiciones imperativas de una Directiva y el carácter prioritario de la cuestión de inconstitucionalidad hubiese impedido el control de la validez de dicha Directiva por parte del Tribunal de Justicia. Es la hipótesis desautorizada por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Melki y Abdeli*, apartados 54 a 56. En otro caso, esto es, si la inconstitucionalidad fuera por completo ajena, siquiera de manera mediata, al Derecho de la Unión, el problema no vendría del perjuicio a la jurisdicción del Tribunal de Justicia, sino del incumplimiento, en su caso, de la obligación de acomodar el contenido y los procedimientos del Derecho interno a las exigencias de la Unión.

¹⁶ Por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981.

¹⁷ Aunque no sea ésta una cuestión que aquí haya de interesarnos, es de notar que la cooperación en el ámbito del juicio positivo resulta especialmente interesante en aquellos supuestos en los que dicho juicio es el resultado de la obligación de apurar debidamente las posibilidades de interpretación conforme de la ley. Obviamente, también es éste el terreno más delicado para la correcta articulación entre ambas jurisdicciones, pues con frecuencia los pronunciamientos del Tribunal de Justicia imponen al Juez nacional la obligación de apurar al máximo las posibilidades interpretativas de la legislación interna. Al respecto, véase por ejemplo la jurisprudencia citada en *Melki y Abdeli* (C-188/10 y C-189/10; EU:C:2010:363), apartado 50.

Por su parte, la cuestión prejudicial se concibe en los Tratados como un instrumento de cooperación de los Tribunales nacionales en la función de interpretación y control del Derecho de la Unión reservada al Tribunal de Justicia. Los Tribunales nacionales son también Tribunales de la Unión, pues estos últimos no se agotan en el Tribunal de Justicia y el Tribunal General¹⁸, que constituyen las instancias superiores de un conjunto funcional en el que se integran todos los Jueces y Tribunales de los Estados miembros¹⁹. Con todo, el Tribunal de Justicia tiene reservada la interpretación auténtica de los Tratados y del conjunto del Derecho de la Unión. En una doble dimensión: (A) Para determinar si el Derecho derivado de la Unión es conforme con el Derecho primario; (B) Para establecer cuál es exactamente el Derecho de la Unión con el que los Jueces nacionales han de contrastar el Derecho nacional al objeto de resolver si este último es compatible con aquél²⁰.

Lo primero supone un juicio sobre la validez del Derecho derivado de la Unión (en todas sus manifestaciones; esto es, trátase de Reglamentos, Directivas, Decisiones, Recomendaciones, etc.). Lo segundo, al menos de manera inmediata, no implica un juicio sobre la juridicidad del Derecho nacional; ni siquiera un juicio sobre la compatibilidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión —reservado al Juez interno—, sino, al menos de forma directa, un pronunciamiento sobre el sentido auténtico del Derecho de la Unión. Ocurre, sin embargo, que con frecuencia ese pronunciamiento es tan concreto e inequívoco que inevitablemente predetermina por sí mismo y en todos sus extremos el juicio de compatibilidad que, en propiedad, ha de llevar a cabo el Juez nacional, de manera que es facilísimo identificar en la sentencia del Tribunal de Justicia un mandato de inaplicación de la norma interna. Pero se trata sólo, para el Tribunal de

¹⁸ Queda obviamente al margen aquí el Tribunal de la Función Pública en tanto que órgano jurisdiccional estrictamente de la Unión, ceñida como está su jurisdicción a la función pública comunitaria.

¹⁹ Recientemente, A. ROSAS, «The National Judge as EU Judge; Some Constitutional Observations», en *SMU Law Review*, vol. 67, nº 4, 2014, págs. 717-727.

²⁰ Como es sabido, el Tribunal de Justicia no se pronuncia sobre la compatibilidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión, sino únicamente sobre el sentido de este último, correspondiendo al Tribunal nacional que ha planteado la cuestión resolver si el Derecho interno, cuya interpretación auténtica le corresponde en exclusiva, es compatible con aquél, en los términos de su interpretación por el Tribunal de Justicia. Por todas, sentencia de 20 de octubre de 2005, *Ten Kate Holding Musselkanaal* (C-511/03, EU:C:2005:625), apartado 25, con cita de jurisprudencia.

Justicia, de interpretar el Derecho de la Unión. Y es en defensa de su competencia exclusiva para la interpretación auténtica de ese Derecho por lo que el Tribunal de Justicia reacciona resueltamente frente a los obstáculos que le impiden ejercerla con eficacia. Por ejemplo, y precisamente, cuando una cuestión nacional de inconstitucionalidad se resuelve con la invalidez de una ley que ya no podrá ser motivo para plantear una cuestión prejudicial y, con ella, proveer al Tribunal de Justicia una ocasión para interpretar el Derecho de la Unión. Y es que para el Tribunal de Justicia, mucho más que para el Tribunal Constitucional, son preciosas las ocasiones que se le presentan para cumplir con su cometido de intérprete auténtico de los Tratados. Va en ello la uniformidad del contenido del propio Derecho de la Unión, sujeto en otro caso a las interpretaciones de las distintas jurisdicciones nacionales, con la desventaja, por respecto al Tribunal Constitucional, de que, fuera de la cuestión prejudicial, no hay instrumentos procesales que, como el recurso de amparo, permitan confiar en el interés de los particulares para suplir la reticencia (o las dificultades) de los Jueces nacionales a plantear cuestiones prejudiciales²¹.

En cualquier caso, un pronunciamiento interpretativo del que resultara la incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho de la Unión tiene consecuencias tan drásticas, desde un punto de vista práctico, como una declaración de invalidez, pues si el juicio es negativo la norma nacional debe ser inaplicada. Ello permite hablar de una cierta identidad *material*, en cuanto a su resultado, entre el juicio negativo de la ley por parte del Tribunal Constitucional (invalidez) y el juicio de su incompatibilidad con el Derecho de la Unión llevado a cabo por un Juez nacional a partir de la interpretación de este último Derecho por parte del Tribunal de Justicia (inaplicación). Sin embargo, más allá de la diferencia estrictamente jurídica entre la invalidez y la inaplicación, existe entre ambos supuestos una diferencia práctica nada desdeñable, pues así como la ley inválida (inconstitucional) es nula e inaplicable en cualquier contexto, la ley válida pero, en definitiva, incompatible con el Derecho de la Unión es inaplicable, sin excusa, en el contexto de la Unión, pero puede ser aplicada en contextos ajenos a ese Derecho; sea en el estrictamente interno, sea en relación con un ordenamiento tercero. La diferencia tiene que ver, en definitiva, con la

²¹ La sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami* (C-583/11 P, EU:C:2013:625), ilustra bien las dificultades de los recursos interpuestos por particulares contra disposiciones generales.

subsistencia misma de la ley (su validez). La ley inconstitucional es inaplicable por nula; deja de existir. La ley incompatible es inaplicable *a pesar de que siga siendo válida*. Por ello puede aplicarse en otros contextos.

En el terreno del juicio de validez del Derecho derivado, la cuestión prejudicial opera como la cuestión de inconstitucionalidad: El Juez nacional enjuicia siempre la validez comunitaria del Derecho de la Unión que debe aplicar; y lo aplicará si el juicio resulta positivo. Por el contrario, un juicio negativo le obliga a elevar la cuestión al Tribunal de Justicia, que en este punto ostenta un monopolio de rechazo.

En el terreno del juicio sobre la compatibilidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión, la cuestión prejudicial implica necesariamente un juicio sobre este último. No supone un juicio directo sobre su validez (no es ése su objeto), pero sí una interpretación del mismo, requisito lógico necesario para poder contrastarlo con el Derecho nacional de cuya aplicabilidad se trata. Como quiera que la interpretación auténtica del Derecho de la Unión es monopolio del Tribunal de Justicia, los Tribunales nacionales sólo pueden hacer valer por sí mismos aquella interpretación del Derecho de la Unión que sea incuestionable (bien por su propia claridad, bien por haberla aclarado el Tribunal de Justicia a través de su jurisprudencia)²².

En suma, ambos instrumentos procesales responden a una clara vocación pacificadora en punto a la definición del contenido auténtico de cada uno de los dos ordenamientos. Con la cuestión de inconstitucionalidad se asegura que no haya discusión ni discrepancia sobre la validez de una ley. Con la cuestión prejudicial se garantiza que no se discuta sobre la validez del Derecho derivado y, además, que no haya discrepancias sobre la interpretación del conjunto del Derecho de la Unión, facilitando a los Tribunales nacionales el cumplimiento de su deber de inaplicar las normas internas incompatibles con aquél.

III. UNA CUESTIÓN DE PRECEDENCIA

La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad —se entiende siempre en un mismo proceso (o litigio)— ha tendi-

²² Es obligada la cita de la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1982, *Cilfit* (283/81, EU:C:1982:335). El Tribunal Constitucional ha destacado, por su parte, el carácter del Tribunal de Justicia como «juez predeterminado por la ley» a efectos de la interpretación del Derecho de la Unión. En este sentido, STC 58/2004, de 19 de abril.

do a plantearse en términos de sucesión en el tiempo y, por lo tanto, de manera inevitable, en términos de precedencia. Cabe preguntarse por las razones de ese planteamiento en términos de prelación, en el sentido de si responde a una necesidad inherente a la lógica institucional de ambos incidentes o más bien puede explicarse como una solución coyuntural, contingente, de la que podría prescindirse sin perjuicio alguno para la función a la que sirven aquellos incidentes.

Es evidente que, en sí mismos considerados, los incidentes en cuestión responden a una finalidad irrenunciable para los ordenamientos a los que sirven. En un caso, asegurar, inescindiblemente, la normatividad y la supremacía de la Constitución frente a la ley inválida; en el otro, garantizar la juridicidad del Derecho derivado y la interpretación uniforme del conjunto del Derecho de la Unión. Nada puede haber, en efecto, más importante para el Derecho nacional que la defensa de su Constitución, ni nada más perentorio para el Derecho de la Unión que la garantía de los Tratados y la uniformidad del sentido del Derecho derivado. El problema es que ambos ordenamientos pierden su respectiva y entera autonomía tan pronto como deben ser aplicados, pues ambos habrán de serlo sobre un mismo caso y, sobre todo, por obra de un mismo Juez: el Juez nacional, que no es el Juez último de la Unión, pero sí el primero en la jerarquía funcional con la que se organiza el complejo funcional «Poder Judicial de la Unión».

Lo que la autonomía de cada ordenamiento puede mantener separado (validez respectiva de sus normas) se reúne y se confunde inevitablemente en el momento de su aplicación judicial. Y ello porque la dualidad normativa e institucional de ambos ordenamientos viene a *reducirse a unidad* en la figura del Juez nacional, órgano *natural* de la aplicación jurisdiccional de ambos sistemas normativos. En el Juez nacional concurren así dos obligaciones de principio, pues debe garantizar, al tiempo, la supremacía de la Constitución frente a la ley, por un lado, y, por otro, la aplicación preferente («primacía»), en su caso, del Derecho de la Unión frente a cualesquiera normas nacionales, tarea de la que es condición necesaria la correcta interpretación de este último ordenamiento. No se trata, en absoluto, de obligaciones incompatibles o excluyentes. Quiere decirse que el cumplimiento con una de ellas no tiene por qué suponer fatalmente la desatención de la otra. Sin embargo, algunos ordenamientos nacionales han dispuesto que debe priorizarse el tratamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad, en tanto que, como enseguida se verá, el Tribunal de Justicia sólo admite esa precedencia en tan-

to no se perjudique su competencia para interpretar el Derecho de la Unión. Este es esencialmente el problema que motiva las presentes páginas.

1. RAZONES PARA LA PRIORIDAD DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Ejemplo paradigmático de la precedencia otorgada a la consulta constitucional es el caso del Derecho francés, en el que mediante la Ley orgánica nº 2009-1523, de 10 de diciembre de 2009, se añadió un nuevo Capítulo II bis, titulado «De la cuestión prioritaria de constitucionalidad», al Título II del Decreto legislativo nº 58 1067, de 7 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el texto de la Ley orgánica del Conseil constitutionnel, disponiéndose en el artículo 23-2 que «cuando se planteen ante un órgano jurisdiccional motivos basados en la falta de conformidad de una disposición legislativa con los derechos y libertades garantizados por la Constitución, por una parte, y con los compromisos internacionales de Francia, por otra, ese órgano deberá pronunciarse con carácter prioritario sobre la remisión de la cuestión de constitucionalidad al Conseil d'État o a la Cour de cassation.» Dejemos de lado el carácter genérico de la referencia a «los compromisos internacionales de Francia». Es claro que lo que aquí importa es la condición de Francia como Estado miembro de la Unión y los compromisos que de ello se derivan²³.

En la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Melki y Abdeli*²⁴ se consignan los argumentos esgrimidos por los Gobiernos belga y francés en defensa de esa fórmula, a saber, sustancialmente, «que el mecanismo procesal de la cuestión prioritaria de constitucionalidad tiene por objeto garantizar a los justiciables que su solicitud de examen de la constitucionalidad de una disposición nacional será efectivamente tramitada, sin que la remisión al Conseil constitutionnel pueda quedar excluida a causa de la incompatibilidad de la disposición controvertida con el Derecho de la Unión»²⁵. Una razón, por tanto, de derecho individual: el del justiciable a un pronunciamiento sobre la posible inconstitucionalidad de la ley, pero,

²³ Otra cuestión que distingue al caso francés del español es que en el primero la cuestión se circunscribe a la garantía de la parte dogmática de la Constitución.

²⁴ Sentencia de 22 de junio de 2010 (C-188/10 y C-189/10, EU:C:2010:363), dictada en respuesta a dos cuestiones prejudiciales planteadas por la Cour de Cassation francesa.

²⁵ *Melki y Abdeli*, apartado 36.

quizás sobre todo, también una razón práctica, de orden institucional, pues, como se recoge a continuación en el mismo apartado de la sentencia, ambos destacaban el hecho de que «la remisión al Conseil constitutionnel presenta la ventaja de que éste puede derogar una ley incompatible con la Constitución, derogación que en tal caso produce efecto *erga omnes*. En cambio, los efectos de una resolución de un órgano jurisdiccional de cualquier orden que declare la incompatibilidad de una disposición nacional con el Derecho de la Unión se limitan al litigio específico resuelto por ese órgano».

Claramente se percibe el interés subyacente en la *uniformidad* de la aplicación de la ley nacional y, por tanto, en el juicio sobre su validez, cuyo resultado se impone a todos los órganos judiciales, a diferencia del juicio sobre su compatibilidad con el Derecho de la Unión, privativo del Juez ordinario y sin transcendencia más allá del caso concreto.

Limitémonos a añadir que en el caso español podría suscribirse esta segunda razón institucional. No así la primera, la relativa al derecho del justiciable a un pronunciamiento sobre la posible inconstitucionalidad de la ley, pues es sabido que la cuestión de inconstitucionalidad está sólo al servicio del Juez que dude de la validez de una disposición legislativa, sin que exista un derecho de las partes a su planteamiento²⁶. En todo caso, y por lo que hace a la razón de orden institucional, hay algo más que una preocupación por la aplicación uniforme de la ley. Hay, quizás de manera predominante, el interés por evitar que el recurso al Tribunal de Justicia pueda suponer la relegación institucional del Tribunal Constitucional; más aún, la desaparición misma del modelo de jurisdicción constitucional concentrada, pues, precisamente en razón de la similitud de los efectos prácticos de un juicio de invalidez (constitucional) y de un juicio de incompatibilidad con el Derecho de la Unión, los Tribunales ordinarios recabarían para sí el dominio sobre la ley del que se les ha privado con la concentración del monopolio de rechazo de la ley inconstitucional.

La prioridad de la cuestión de inconstitucionalidad se justificaría entonces en la necesidad de preservar el modelo de jurisdicción constitucional concentrada establecido por el artículo 163 CE.

²⁶ Sobre el particular, M. MEDINA GUERRERO, «Artículo 35», en J. L. REQUEJO PAGÉS (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, págs. 516-517.

2. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

El Tribunal de Justicia no ha sido sensible a las razones, tal como han venido expuestas, de los Gobiernos francés y belga. En este sentido, la sentencia dictada en el asunto *Melki y Abdeli* es la consumación de una tradición jurisprudencial casi tan antigua como la Unión y que se remonta al asunto *Rheinmühlen I*²⁷, cuya filosofía de principio se sustancia en la idea de que, admitiendo que puede ser ventajoso que los problemas de estricto Derecho nacional estén resueltos antes de plantear una cuestión prejudicial²⁸, ello no puede perjudicar al Juez nacional en el cumplimiento de su obligación de garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión, dejando inaplicada de oficio cualquier ley nacional, incluso posterior, sin necesidad de esperar su derogación o anulación²⁹. En definitiva, las posibles dudas de inconstitucionalidad no privan al Juez de la facultad ni le eximen de la obligación de plantear la pertinente cuestión prejudicial³⁰.

A partir de lo anterior se configura un sistema que requiere que el Juez nacional «tenga la facultad de plantear toda cuestión prejudicial que considere necesaria en cualquier fase del procedimiento que estime apropiada, e incluso una vez finalizado el procedimiento incidental de control de constitucionalidad»³¹. En definitiva, «[e]n la medida en que el Derecho nacional prevé la obligación de iniciar un procedimiento incidental de control de constitucionalidad que pueda impedir que el juez nacional deje inmediatamente inaplicada una disposición legislativa nacional que ese juez considere contraria al Derecho de la Unión, el funcionamiento del sistema establecido por el artículo 267 TFUE exige no obstante que ese juez esté facultado para adoptar toda medida necesaria para asegurar la tutela judicial provisional de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión,

²⁷ Sentencia de 16 de enero de 1974 (166/73, EU:C:1974:3). Cabe recordar las Conclusiones del Abogado General en el asunto *Elchinov* (C-173/09, EU:C:2010:336), donde se proponía una reconsideración de esa doctrina acomodada a las circunstancias actuales del Derecho de la Unión: «En mi opinión, la autonomía procesal de los Estados miembros, en particular en elementos tan sensibles como los que comentamos, recupera su razón de ser cuando la efectividad del Derecho de la Unión comienza decididamente a estar protegida a través de otros cauces» (punto 28).

²⁸ *Melki y Abdeli*, apartado 41. En el mismo sentido, sentencia de 11 de septiembre de 2014, asunto A. (C-112/13, EU:C:2014:2195), apartado 35, con cita de jurisprudencia.

²⁹ *Melki y Abdeli*, apartado 43.

³⁰ *Melki y Abdeli*, apartado 45. A., apartado 38.

³¹ *Melki y Abdeli*, apartado 52.

por una parte, y por otra parte para dejar inaplicada, una vez finalizado ese procedimiento incidental, dicha disposición legislativa nacional si la considera contraria al Derecho de la Unión»³².

En este sentido, puede sostenerse que las vicisitudes de la constitucionalidad de la ley nacional son, en principio, indiferentes para el Derecho de la Unión, pues de lo que se trata, para este último, es de que no se impida o dificulte en exceso el planteamiento de una cuestión prejudicial ni se prive al Juez nacional de la posibilidad de asegurar la eficacia inmediata del Derecho de la Unión y de inaplicar, llegado el caso, el Derecho nacional que considere incompatible con aquél. Ahora bien, la indiferencia se convierte en franca oposición si el juicio de constitucionalidad coincide materialmente con un juicio de validez sobre el Derecho de la Unión, hipótesis común en el supuesto de la legislación nacional de transposición de disposiciones imperativas contenidas en Directivas. En este caso, la declaración de inconstitucionalidad de la ley equivaldría, desde un punto de vista material, a un pronunciamiento de invalidez de la norma comunitaria que, además, impediría que el Tribunal de Justicia se pronunciara sobre el particular. En palabras del Tribunal de Justicia, «si el carácter prioritario de un procedimiento incidental de control de constitucionalidad condujera a la derogación de una ley nacional que se limitara a adaptar el Derecho nacional a las disposiciones imperativas de una directiva de la Unión a causa de la falta de conformidad de esa ley con la Constitución nacional, el Tribunal de Justicia podría quedar privado, en la práctica, de la posibilidad de realizar, a petición de los tribunales del fondo del Estado miembro considerado, el control de la validez de dicha directiva en relación con los mismos motivos inherentes a las exigencias del Derecho primario, y en especial de los derechos reconocidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que el artículo 6 TUE confiere el mismo valor jurídico que se reconoce a los Tratados»³³.

Por ello, concluye el Tribunal de Justicia, «[a]ntes de que pueda efectuarse el control con carácter incidental de la constitucionalidad de una ley cuyo contenido se limite a adaptar el Derecho nacional a las disposiciones imperativas de una directiva de la Unión, en relación con los mismos motivos que afectan a la validez de una directiva, los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Dere-

³² *Melki y Abdeli*, apartado 53.

³³ *Melki y Abdeli*, apartado 55.

cho interno están, en principio, obligados [...] a preguntar al Tribunal de Justicia sobre la validez de dicha directiva, y a deducir a continuación las consecuencias que deriven de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia con carácter prejudicial, salvo que el mismo órgano jurisdiccional que promueva el control de constitucionalidad con carácter incidental haya planteado esa cuestión al Tribunal de Justicia [...]. En efecto, cuando se trata de una ley nacional para la adaptación del Derecho interno que tenga ese contenido, la cuestión de si la directiva es válida tiene carácter previo respecto a la obligación de adaptación a ésta. Además, la delimitación dentro de un plazo estricto de la duración del examen por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales no puede impedir una remisión prejudicial sobre la validez de la directiva en cuestión»³⁴.

El Tribunal de Justicia no se ha pronunciado en el asunto *Melki y Abdeli* sobre el concreto sistema de control de constitucionalidad en liza. Se limita a enumerar las condiciones en las que puede ser admisible un control prioritario de constitucionalidad. Condiciones guiadas por la idea de que se respete el sentido de la jurisprudencia señalada.

En el asunto *A.* se examinaba la compatibilidad con el Derecho de la Unión, y en particular con el artículo 267 TFUE, de una normativa nacional con arreglo a la cual, en los términos del fallo de la sentencia del Tribunal de Justicia, «los tribunales ordinarios que resuelven en apelación o en última instancia están obligados, cuando consideren que una ley nacional es contraria al artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a solicitar al Tribunal Constitucional, durante el procedimiento, la anulación con carácter general de la ley en lugar de limitarse a dejar de aplicarla en el caso concreto, en la medida en que el carácter prioritario de ese procedimiento tenga como efecto impedir, tanto antes de la presentación de la referida solicitud al órgano jurisdiccional nacional competente para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes como, en su caso, después de la resolución del citado órgano sobre esa solicitud, que los tribunales ordinarios ejerzan su facultad o cumplan su obligación de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia». El Tribunal de Justicia concluyó que «el Derecho de la Unión, y en particular el artículo 267 TFUE, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a tal normativa nacional cuando los tribunales ordinarios sigan estando facultados [A] para plantear al Tribunal de Justicia toda cuestión

³⁴ *Melki y Abdeli*, apartado 56.

prejudicial que consideren necesaria, en cualquier momento del procedimiento que estimen apropiado, e incluso una vez finalizado el procedimiento incidental de control general de las leyes, [B] para adoptar toda medida necesaria a fin de garantizar la tutela judicial provisional de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, y [C] para dejar inaplicada, una vez finalizado ese procedimiento incidental, la disposición legislativa nacional controvertida si la consideran contraria al Derecho de la Unión».

Por lo demás, tanto en este caso como en el asunto *Melki y Abdeli* se han planteado dudas sobre el mecanismo nacional por cuya compatibilidad con el Derecho de la Unión se pregunta. Especialmente en el asunto *Melki y Abdeli*, en cuyos apartados 46 y 47 se deja constancia de que la cuestión prioritaria francesa podría no funcionar en el modo en que ha descrito el Tribunal de reenvío, lo que una vez más plantea la cuestión —aquí apuntada incidentalmente— del papel que en ocasiones asume la cuestión prejudicial como instrumento en las disputas competenciales existentes entre los distintos Tribunales nacionales; en el caso, entre la Cour Constitutionnelle y la Cour de Cassation.

3. EL CASO ESPAÑOL

En el caso español, al disponer el artículo 163 CE que la cuestión de inconstitucionalidad debe referirse siempre a una norma legal *aplicable* al caso, cabe sostener que la prioridad debiera corresponder, por principio, a la cuestión prejudicial, pues la incompatibilidad de la ley con el Derecho de la Unión sería causa de su inaplicabilidad y, por tanto, faltaría una de las condiciones exigidas por aquel precepto constitucional. La cuestión de inconstitucionalidad sólo sería admisible, en consecuencia, si se ha descartado la posibilidad de que la ley cuestionada sea incompatible con el Derecho de la Unión y, en consecuencia, inaplicable³⁵.

³⁵ J.L. REQUEJO PAGÉS, «Algunas consideraciones sobre la relevancia constitucional del Derecho de la Unión», en *Libro homenaje a Javier Delgado Barrio*, Marcial Pons, Madrid, 2015, págs. 481-490. Este es el planteamiento acogido por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su Auto de 10 de septiembre de 2014, por el que se acuerda el planteamiento de la cuestión prejudicial que ha dado lugar al asunto *EGEDA* (C-470/14), aún pendiente. En el caso, sin embargo, el Tribunal Supremo no albergaba ninguna duda sobre la constitucionalidad de la disposición legal concernida.

Sin embargo, y por las mismas razones que justifican la posición del Tribunal de Justicia en el asunto *Melki y Abdeli*, también para el Derecho español es inexcusable que no se impida un pronunciamiento sobre la validez de la ley, siendo así que con su inaplicabilidad *ope iuris Europae* tal pronunciamiento sería inviable si la ley en cuestión no fuera también aplicable en otros contextos ajenos al Derecho de la Unión. Ahora bien, en la medida en que, según se ha visto, la zona de conflicto entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad se circunscribe, en realidad, al ámbito de los derechos fundamentales, es evidente que el pronunciamiento del Tribunal de Justicia es constitucionalmente relevante a los efectos del artículo 10.2 CE, lo que abundaría en las razones que abogan por la prioridad de la cuestión prejudicial frente a la cuestión del artículo 163 CE. Ello siempre que se entendiera que el artículo 10.2 CE confiere valor vinculante, a efectos de la definición del contenido de los derechos fundamentales, a cada concreto pronunciamiento de los Tribunales a los que corresponde la interpretación de los Tratados suscritos por España en esa materia, y no, como parece más bien el caso, a la jurisprudencia *in toto* de esos Tribunales³⁶.

En cualquier caso, es de advertir una sustancial diferencia entre las posiciones respectivas del Tribunal Constitucional, por un lado, y del Juez ordinario, por otro, pues si este último tiene por cometido la tutela de la indemnidad de los ordenamientos nacional y comunitario, el Tribunal Constitucional se desenvuelve desde una perspectiva muy particular, sectorial: la de la garantía de la Constitución frente a la ley; si se quiere decir a la inversa, su función estriba en hacer valer lo que se viene llamando el *privilegio jurisdiccional de la ley*.

Para el Juez ordinario (sometido al Derecho nacional y al Derecho de la Unión), la urgencia primera es la resolución del caso concreto de que conoce y, a estos efectos, la identificación de la norma aplicable. Su perspectiva es más comunitaria, pues la aplicabilidad definitiva de la ley dependerá de su compatibilidad con el Derecho de la Unión. Para el Tribunal Constitucional sólo puede tratarse del enjuiciamiento de la constitucionalidad de la ley y en este sentido es Juez de la Unión en menor medida que el Juez ordinario. El Derecho de la Unión ilumina así una nueva dimensión del carácter singular y, en definitiva, excepcional de los Tribunales Constitucionales.

Como Juez de la ley y garante de la Constitución, el Tribunal Consti-

³⁶ Por todos, A. SAIZ ARNAIZ, «Artículo 10.2», en M^a.E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008.

tucional está obligado a hacer valer una y otra frente al Derecho de la Unión. Como Juez *funcionalmente* comunitario, no puede desentenderse del Derecho de la Unión, ni puede, tampoco, excepcionar para sí las reglas que disciplinan el régimen de la cuestión prejudicial, tan vigentes para el Tribunal Constitucional como para los Tribunales ordinarios.

IV. UNA CUESTIÓN DE TUTELA JUDICIAL

De acuerdo con lo expuesto, la lógica del artículo 163 CE se compadecería bien, en principio, con las exigencias del Tribunal de Justicia. Ahora bien, tales exigencias se resuelven en la fórmula de la *sucesión temporal* de los incidentes, lo que redundaría fatalmente en la dilación y, por tanto, en el perjuicio del justiciable.

En efecto, una vez hecho el recorrido sobre la cuestión de la «precedencia» conviene traer a capítulo un personaje que hasta ahora ha brillado por su ausencia, el derecho a la tutela judicial efectiva, designado idénticamente en el artículo 47 de la Carta y en el artículo 24 CE.

De entrada es claro que el interés de los justiciables en ver paralizado o cuando menos temporalmente suspendido el desarrollo del proceso en aras de intereses objetivos del respectivo ordenamiento es frecuentemente «mitigado». Desde luego las consecuencias de la paralización no adquieren siempre el carácter alarmante que ha llegado a tener la duración de los procesos incidentales de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional español. Pero, objetivamente, no cabe duda de que todo incidente procesal, y más cuando lo es de la entidad de los que nos ocupan, se traduce en una «dilación», por más que normalmente «debida», en la prestación de la tutela judicial³⁷.

Cabe preguntarse si en realidad es por principio inevitable que la relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad se ordene siempre en términos de sucesión temporal o, por el contrario, existe la posibilidad de una relación en clave de simultaneidad. Para responder a esta pregunta se impone examinar en qué podría perjudicar a las funciones de ambos Tribunales la eventualidad de que sus respectivas jurisdicciones pudieran ejercerse de manera simultánea.

En la medida en que el planteamiento de la cuestión prejudicial no exige el agotamiento previo de todas las instancias jurisdiccionales nacio-

³⁷ Que aún podría demorarse más si a los dos incidentes que aquí nos ocupan se sumara el previsto en el Protocolo nº 16 del Convenio de Roma.

nales, la pendencia de una cuestión de inconstitucionalidad no habría de ser obstáculo para la admisibilidad de una cuestión prejudicial. A partir de ahí, si la cuestión de inconstitucionalidad se resuelve con la validez de la ley, ésta continuará en vigor y podrá ser inaplicada si el Tribunal de Justicia resuelve con posterioridad que es incompatible con el Derecho de la Unión; *rectius*: si, a partir de la interpretación del Derecho de la Unión facilitada por el Tribunal de Justicia al Juez nacional, éste resuelve que la ley es incompatible con ese Derecho. Si, por el contrario, el juicio de constitucionalidad concluye con la invalidez de la ley, ésta será inaplicable en el proceso principal y con carácter general para el futuro. Ciertamente, en ese caso podrá haber quedado sin objeto el proceso *a quo*³⁸, *pero no necesariamente la cuestión prejudicial*.

En efecto, como quiera que de lo que se trata, en último término, para el Tribunal de Justicia, es de propiciar la interpretación del Derecho de la Unión, importa sólo, en realidad, que la cuestión prejudicial se haya planteado. La respuesta del Tribunal de Justicia puede no ser útil ya para el Juez de reenvío, pero sí ha de serlo para el Derecho de la Unión en cuanto tal, es decir, para el conjunto de sus aplicadores. Si se quiere, se habrá sacrificado el carácter *concreto* de la cuestión prejudicial, pero sólo en beneficio de su dimensión como juicio de interpretación en *abstracto* del Derecho de la Unión.

¿*Quid* para el Tribunal Constitucional? La simultaneidad de los procedimientos plantearía un primer problema de envergadura, pues habría de sacrificarse la condición de que la ley cuestionada sea *aplicable* al caso. Ello supondría que un juicio positivo de la cuestión prejudicial confirmaría la aplicabilidad de una norma que hasta entonces —y, por tanto, en el momento de plantearse la cuestión de inconstitucionalidad— era dudosamente aplicable, en la medida en que se dudaba de su compatibilidad con

³⁸ Entre los sucesos que pueden implicar la extinción del proceso del que trae causa una cuestión prejudicial figura, entre otras, la anulación por el Juez constitucional de la norma que sirve de fundamento al litigio. Sin embargo, las consecuencias de esa circunstancia no son automáticas para la subsistencia de la cuestión prejudicial, pues corresponde al Tribunal de renvío determinar si procede mantenerla, modificarla o reiterarla. Por todas, sentencia de 16 de diciembre de 2008, *Cartesio* (C-210/06, EU:C:2008:723), apartado 96. Con todo, y como señala el Abogado General Szpunar en sus Conclusiones de 3 de febrero de 2015 en el asunto *Kernkraftwerke Lippe-Ems* (C-5/14, EU:C:2015:51), punto 23, no puede olvidarse que el artículo 100 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia sólo permite la retirada de una cuestión prejudicial hasta el momento en que se notifique a las partes la fecha de pronunciamiento de la sentencia.

el Derecho de la Unión. Por tanto, el Tribunal Constitucional se pronunciaría en un contexto de incertidumbre si resolviera antes de que lo hiciera el Tribunal de Justicia. En fin, si el juicio de compatibilidad con el Derecho de la Unión fuera negativo, el Tribunal Constitucional se habría pronunciado sobre una ley que se ha demostrado inaplicable al caso o, si el Tribunal de Justicia resuelve antes la cuestión prejudicial, se vería obligado a concluir que ha quedado sin objeto la cuestión de inconstitucionalidad.

Como en el caso del Tribunal de Justicia, también en el del Tribunal Constitucional puede apelarse al beneficio de la transformación del control concreto en un procedimiento de control abstracto. Pero puede invocarse, sobre todo, para ambos Tribunales, el beneficio que la simultaneidad ha de deparar a la efectividad del derecho a un proceso sin dilaciones. En un contexto en el que la multiplicación de los derechos y de sus instancias de protección amenaza con la consecuencia, paradójica y perversa, de la efectiva desprotección del ciudadano en términos de seguridad y de diligencia de los Tribunales en la dispensa de su garantía, propiciar la articulación de las distintas jurisdicciones en una dimensión temporal razonablemente contenida es casi un imperativo del sentido de la justicia.

En todo caso, nos importa advertir que no estaba en nuestra intención ofrecer en estas páginas un modelo de articulación entre estos dos incidentes procesales directamente basado en la idea de la simultaneidad. Más limitadamente, sólo hemos querido cuestionar la idea de que la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad sólo pueden relacionarse, sin posible alternativa, en términos de precedencia. Entendemos que, al menos en principio, no parece haber razones para descartar como imposible una relación que permita la satisfacción de los objetivos a los que sirven ambos instrumentos procesales sin necesidad de ordenarlos en la jerarquía del tiempo y, sobre todo, sin sacrificar el derecho del ciudadano a una justicia sin dilaciones.

En efecto, las consecuencias de una ordenación simultánea de la cuestión prejudicial y de la cuestión de inconstitucionalidad no dejarían de afectar en mayor o menor medida a algunos de sus presupuestos. Aquí nos hemos referido a la aplicabilidad de la norma cuestionada ante el Tribunal Constitucional o a la desaparición del proceso nacional del que trae causa una cuestión prejudicial. No son éstas las únicas perturbaciones que cabe imaginar, pero nos hemos centrado en ellas por considerarlas las más trascendentales. En último término, se ha tratado únicamente de poner en cuestión la imposición a ultranza de la sucesión temporalmente ordenada de las plurales consultas incidentales que parecen corresponder al signo de los tiempos.