



# APM 3.9.

Publicación digital. - Asociación Profesional de la Magistratura

VÍCTOR ESPIGARES JIMÉNEZ

JUEZ DEL JUZGADO PRIMERA  
INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº. 1  
NOVELDA

## CUESTIÓN PREJUDICIAL Y CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD POR UNA DISCORDE CONCORDIA

### SUMARIO

I.INTRODUCCIÓN. II. ÁMBITO DE CONFLUENCIA DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL Y DE CONSTITUCIONALIDAD. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE LA UNIÓN. III.UNA(S) CUESTIÓN(ES) DE PRIORIDAD: 1. La prioridad de la cuestión de constitucionalidad: tres límites. 2. La prioridad de la cuestión prejudicial. Referencia al régimen español: i) Argumento lógico-europeo, ii) Argumento en clave nacional. 3. El problema de la regulación expresa de la prioridad de la cuestión prejudicial. La discordia. IV. ¿HACIA LA CONCORDIA POR LA VÍA DE LA SIMULTANEIDAD RACIONAL?

#### I. Introducción

Tanto la cuestión prejudicial como la cuestión de constitucionalidad son instrumentos de cooperación jurisdiccional, que distribuyen competencias entre un órgano que consulta y otro que responde a la consulta planteada. Su naturaleza compartida les brinda importantes similitudes. Sin embargo, son sus diferencias las que hacen que, en supuestos de doble duda (prejudicial y de constitucionalidad), un manejo descoordinado entre ellas pueda producir desajustes entre el derecho nacional y el derecho de la UE.

En lo que respecta a las similitudes, tanto en el caso de la cuestión prejudicial de validez como en la cuestión de constitucionalidad, el órgano jurisdiccional podrá eludir el planteamiento de las

cuestiones si deduce del conflicto un juicio positivo de constitucionalidad o “comunitariedad”<sup>1</sup>; por el contrario, se verá impelido a plantear la consulta de resultar el juicio en sentido contrario. Asimismo, la existencia de una respuesta negativa de adecuación constitucional y de validez e interpretación con el derecho de la UE puede abocar en un resultado idéntico: la inaplicación de la norma consultada<sup>2</sup>.

Sin embargo, será en este supuesto, el de la consecuencia de la declaración, en donde afloran los grandes matices entre uno y otro instrumento. Y ello porque el alcance de la inaplicación será diferente, ya que la norma interna inaplicable por contravenir el Derecho de la Unión lo será únicamente respecto de dicho ordenamiento; siendo inaplicable en dicho plano, pero válida en general, y consiguientemente aplicable en otros planos “extracomunitarios”. Por el contrario, la norma declarada inválida por el TC será nula, dejando de existir, y, por ende, inválida e inaplicable en cualquier ámbito<sup>3</sup>.

Estas consecuencias son el caballo de batalla de la cuestión relativa al orden de prelación entre estos instrumentos, que será el objeto de este trabajo en el que se concluye con una propuesta de relectura de las posiciones. Si bien, con carácter previo me referiré al espacio de confluencia de los dos instrumentos, que es lo que motiva su estudio conjunto.

## II. **Ámbito de confluencia de la cuestión prejudicial y de constitucionalidad. La constitucionalidad de las normas en el ámbito del Derecho de la Unión.**

Por retorcida que pueda parecer en la práctica, la situación de que una norma resulte a la vez contraria a la constitución y al Derecho de la UE no es en absoluto improbable. De hecho, en nuestro ordenamiento ha sucedido en alguna ocasión, dándose rienda suelta al doble mecanismo prejudicial<sup>4</sup>.

Para el análisis del espacio de convergencia es preciso partir de los instrumentos o de la concreta normativa jurídica que habilita el planteamiento de ambos tipos de cuestiones: por un lado, los instrumentos de la UE sobre los que cabe cuestión prejudicial de interpretación y/o validez; y, por otro, los –digámoslos– “instrumentos” nacionales que pueden ser objeto de una decisión de constitucionalidad. Si bien, para centrar el ámbito objetivo de concurrencia entre cuestiones es preciso sentar previamente algunas cosas.

Una de ellas es la conexión normativa entre la legislación interna y/o europea motivantes de la hipotética inconstitucionalidad y “anticomunitariedad”. Como es sabido, en ocasiones las disposiciones europeas habilitan una ejecución normativa reglada, en donde el Estado destinatario carece de margen de apreciación en su adaptación, mientras que en otras goza de margen de maniobra

---

<sup>1</sup> El término “comunitario” ha quedado relegado al ámbito del Derecho incorporado en el Tratado EURATOM; sin embargo, por la mejor manejabilidad y por el impacto más gráfico del concepto general: norma contraria al derecho de la Unión, lo emplearé con recurrencia.

<sup>2</sup> Téngase en cuenta que, cuando se interroga a Luxemburgo sobre la interpretación del derecho de la UE, lo habitual es que las dudas se planteen respecto de normas nacionales que pueden resultar incompatibles con este ordenamiento. Ello conduce a que, cuando la incompatibilidad interpretativa se pone de manifiesto por el TJUE, se produzca la inaplicación de la norma interna.

<sup>3</sup> Esta distinción en los efectos de la cuestión prejudicial (inaplicación) y la cuestión de constitucionalidad (invalidez) es rigurosamente tratada en CRUZ VILLALÓN, P. y REQUEJO PAGÉS, J.: “La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº. 50, 2015, pp. 173-194.

<sup>4</sup> Un ejemplo paradigmático es el caso UTCA, en que el TS interrogó al TJUE acerca de si el RD 1652/2004, de 9 de julio, que regulaba la obligación de destinar el 5% de la cifra total de ingresos devengados durante el ejercicio anterior a la financiación anticipada de la producción de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión europeos, era acorde con la Directiva 89/552/CEE, modificada por la Directiva 97/36 CE. El TJUE, en sentencia de 5 de marzo de 2009, resolvió declarando que tales Directivas no establecían esa obligación pero tampoco se oponía a una medida de ese tipo adoptada a un Estado miembro; por ese motivo el TS planteó mediante Auto de 2009 una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en la que solicitó una respuesta acerca de la inconstitucionalidad de tal obligación legal respecto a los arts. 38 (libertad de empresa) y 31 (régimen constitucional del sistema tributario) de la CE. Finalmente, el TC, en sentencia de 3 de marzo de 2016, 35/2016, resolvió declarando la constitucionalidad de la norma.

para acometer la ejecución del derecho de la UE. Este hecho es importante puesto que permitirá deslindar los supuestos en que la hipotética inconstitucionalidad venga motivada del margen de maniobra incorporado por la norma nacional, de aquellos otros en que, al no existir margen de maniobra por el Estado, la incertidumbre de constitucionalidad se haya de remontar, necesariamente, hasta la norma europea que motiva la disposición<sup>5</sup>.

Sentado el posible fundamento de la hipotética falta de adecuación constitucional o comunitaria, su operatividad conjunta nos remonta de nuevo a los instrumentos susceptibles de inconstitucionalidad. Es evidente que, si nos encontramos en conflictos que nacen a partir de normas puramente internas, entendidas por tales las normas que se gestan exclusivamente en el ordenamiento nacional, estos vendrán originados por cualesquiera de las previstas en el art. 27 dos de la LOTC, a excepción de los tratados internacionales. Si una norma de esta naturaleza adaptara una disposición europea y de la misma se dedujera una contradicción tanto con el Derecho de la UE como con la CE nos podríamos encontrar ante un supuesto de posible doble prejudicialidad. Si, por el contrario, nos encontráramos con que es la norma europea la que contraviniera los tratados constitutivos o la CE, igualmente estaríamos ante un supuesto de doble prejudicialidad. No obstante, en este segundo supuesto conviene hacer una matización, pues el TC no admite el control de constitucionalidad directo de las disposiciones de Derecho derivado si no es a través de los Tratados; lo que impone el cuestionamiento indirecto a través de estos, y, por esa misma lógica, cabe el cuestionamiento del Derecho originario ante un hipotético conflicto resultante de su contradicción directa con la CE, o incluso con motivo de haber declarado el TJUE la validez de una norma de Derecho derivado que se cuestionaba tanto "anticomunitaria" como anticonstitucional<sup>6</sup>.

Dicho esto, y más allá de las posibilidades teóricas, ¿en qué ámbitos y de qué manera pueden efectivamente plantearse supuestos de doble prejudicialidad?

No estaremos ante una situación de doble prejudicialidad en los supuestos en que la contradicción aflore entre una norma europea y una norma interna con rango o fuerza de ley. Ello por la sencilla razón de que el tratamiento que dispensa el TC al Derecho de la UE es de "infra constitucional", lo que hace que, por no ser perteneciente al bloque de la constitucionalidad, se reconduzca a un problema de selección de la norma aplicable que le corresponde resolver al juez ordinario<sup>7</sup>. Más allá de esta categorización discutida y discutible del Derecho europeo<sup>8</sup>, lo cierto y verdad es que el TC no ha admitido

---

<sup>5</sup>Ahora veremos que nuestro TC no permite el control de constitucionalidad del derecho derivado de manera directa, lo que no significa que pueda cuestionarse recurriendo al derecho que le sirve de fundamento—el derecho originario— una vez afirmada su validez por el TJUE. Véase ALONSO GARCÍA, R.: *El Juez español y el derecho comunitario*, Consejo general del poder judicial, Madrid, 2002, p.101.

<sup>6</sup> Aunque algunos autores sí que consideran posible la competencia del TC para controlar formalmente el derecho derivado, (e.g: AZPITARTE SÁNCHEZ, M.: *El tribunal constitucional ante el control del Derecho comunitario derivado*, Civitas, Madrid, 2002, p. 46) el TC viene vedando tal posibilidad fuera de los tratados internacionales. Véase la Sentencia del TC de 22 de marzo de 1991, 64/1991, donde declaró que, "(...) no cabe formular recurso de amparo frente a normas o actos de las instituciones de la Comunidad, sino sólo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 41.2 LOTC, contra disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos internos(...)". Aunque el mismo autor citado, de una manera similar a lo expuesto, sostiene la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial de validez ante el TJUE, para una vez resuelta esta por dicho órgano, considerar la posibilidad de plantear ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad no ya del derecho derivado propiamente sino del derecho que lo respalda (véase pp. 113 y ss.)

<sup>7</sup> Esta línea, seguida, entre otras, en las sentencias de 28 de noviembre de 1996, 197/1996; de 20 de diciembre de 1988, 252/1988; de 22 de marzo de 1991, 64/1991; de 20 de julio de 2011, 134/2011; o de 11 de junio de 2015, 136/2015; ha sido, recientemente confirmada en la sentencia 140/2018, de 20 de diciembre, al declarar que, "[...] el análisis de convencionalidad [i. e., de compatibilidad de las normas internas con las internacionales] que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional que podrá, no obstante, y en todo caso por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE, que garantiza que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso".

<sup>8</sup> La profesora MANGAS propuso una mejor referencia terminológica con el calificativo de "extra o metaconstitucional", que, además de más lustrosa para el derecho europeo, era menos confusa para el normal entendimiento del sistema de fuentes. Véase MANGAS MARTÍN, A.: "La Constitución y la Ley ante el Derecho Comunitario (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional

cuestiones de esta naturaleza ni siquiera por la vía indirecta de los arts. 96 y 95 de la CE. Esta vía permitiría que cuando se tratara de normas internas posteriores con fuerza de ley que modificasen, derogasen o suspendieran un tratado internacional –entre los que se incluye cualquiera, y obviamente los de Derecho de la Unión- entrara en juego el TC por vulneración del art. 96, en tanto que los tratados internacionales solo pueden derogarse, modificarse o suspenderse por las normas del propio tratado o las de derecho internacional. Y es un argumento razonable ya que, si una ley interna posterior a un tratado de la UE lo contradice, pudiendo entenderse derogado o modificado su contenido, puede existir una antinomia insalvable por vía interpretativa produciéndose una quiebra del art. 96 de la CE. Sin embargo, el TC maneja un concepto de *derogación, modificación y suspensión* que parece exigir una constatación *apertus verbis* de estas, y en su consecuencia una derogación, modificación o suspensión expresa y explícita<sup>9</sup>.

Dejando expedita esta vía, tampoco el recurso al art. 93 de la CE parece que vaya a ser fructífero si analizamos el tratamiento que le dispensa el TC, pues lo cataloga de precepto orgánico-procedimental. Tal tratamiento excluye del control de constitucionalidad cualquier conflicto entre normas internas y normas europeas que no impliquen, por un lado, que la norma cuestionada sea un tratado propiamente dicho, y por otro, que el motivo de impugnación sea el procedimiento o/y órganos exigidos para la celebración del Tratado. Por ese motivo, el TC no considera que una eventual infracción de las normas europeas por una disposición española entrañe necesariamente una conculcación del art. 93<sup>10</sup>.

Ahora bien, existen supuestos relacionados con el art. 93 CE que permiten que sea posible el cotejo de constitucionalidad por el TC. Por ejemplo, los relativos a leyes reivindicatorias de la cesión del ejercicio de competencias derivadas del art. 93, en las que el legislador interno manifiesta una clara voluntad de hacerlas prevalecer sobre el Derecho de la Unión<sup>11</sup>. Asimismo, se pueden incluir aquellas normas con fuerza de ley que hayan sido declaradas contrarias al derecho de la UE por el TJUE<sup>12</sup>. Aunque en este caso añadiría que para que puedan ser inconstitucionales habrá de tratarse de normas que no regulen una materia ajena al derecho de la UE, o que si la regulan no cumplan el mandato impuesto por el TJUE en el asunto ICI, que exige que el legislador clarifique adecuadamente el ámbito de aplicación de la norma para evitar incertidumbre tanto en el justiciable que pueda invocar la norma por entenderse amparado por ella, como en el aplicador que se vea ante una situación aplicativa ambigua e incierta no

---

español 28/1991, de 14 de febrero, sobre la Ley Orgánica de Régimen Electoral General y el Acta relativa a las elecciones al Parlamento Europeo)”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 18, nº 2, 1991, p.622.

<sup>9</sup> Véase la sentencia del TC de 2 de marzo de 1998, 49/1988, en la que ante un supuesto de contradicción entre ley y Tratado Internacional declaró que, “ los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados en España, formarán parte del Derecho interno, y sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional. Pero la Ley impugnada no deroga, modifica o suspende cláusula alguna del Convenio con la Santa Sede citado. Lo que se discute por los recurrentes es si el contenido de la Disposición adicional segunda es o no contrario a lo previsto en el Convenio, es decir la adecuación de una norma legal a lo preceptuado por el tratado, que tiene también fuerza de ley en el ordenamiento interior. Ahora bien, el examen de esa supuesta contradicción no corresponde a este Tribunal y no procede, por tanto, entrar en el fondo de este motivo alegado por los recurrentes, ya que no puede considerarse vulnerado el art. 96.1 de la Constitución”.

<sup>10</sup> Véase la sentencia citada de 64/1991, de 22 de marzo y la sentencia del TC de 28 de noviembre de 1991, 28/1991.

<sup>11</sup> Esta tesis es defendida por ALONSO GARCÍA, R.: *El Juez español y el derecho comunitario en op. cit.* nº. 5, p. 55; asimismo, la profesora MANGAS MARTÍN, en la ponencia presentada en el Congreso de la Fédération Internationale pour le Droit Européen en Berlin en 1996, hizo un alegato en pos de la intervención del TC en estos supuestos a fin de asumir su rol y evitar un encarecimiento de la justicia de Luxemburgo. “Il est évident que dans certains cas de contradiction frontale provenant d'une norme interne, dont l'adoption a été provoquée par la norme communautaire, et dont le champ d'application est limité aux domaines communautaires, la Constitution a été violée (articles 93 et 96 CE) et que, si ces dispositions font partie de la Constitution - comme c'est évident -, le Tribunal Constitutionnel devra en être le gardien, spécialement dans certaines circonstances très spéciales pour éviter "le calvaire" de la prolifération de procédures judiciaires destinées à demander l'inapplication d'une loi contraire au droit communautaire”. MANGAS MARTÍN, A. : “ Le droit constitutionnel espagnol et l'intégration européenne”, en Fédération Internationale pour le Droit Européen, XVII Congrès, Berlin, 1996, p.221. Asimismo: DÍAZ GONZÁLEZ, G.: La "inconstitucionalidad" de la ley interna por vulneración del derecho de la Unión Europea, *Revista de administración pública*, nº. 202, 2017, pp. 91-130.

<sup>12</sup> Esta propuesta es sostenida por ALONSO GARCÍA, R., *ibid.*, p. 55.

corregida por el Derecho interno<sup>13</sup>

Fuera de los supuestos relativos a la posible quiebra de las normas incorporadas en el Capítulo III del Título III de la Constitución, existen otros ámbitos que pueden ser muy dados al conflicto constitucional dentro del ámbito de aplicación de las normas de Derecho de la Unión.

Uno de ellos es el ámbito competencial interno del Estado español: imaginemos una norma interna que en virtud de una norma de la UE atribuye la competencia para la ejecución de esta al Estado o a una Comunidad Autónoma cuando la competencia constitucionalmente venga reglada en favor del poder contrario al asignado por la norma nacional<sup>14</sup>. En este caso es evidente que se produciría un conflicto constitucional entre la norma interna y la CE, pero ¿y si fuera la propia norma europea la que incluyera una disposición de este tipo? La misma respuesta habría de darse pues, como hemos visto, el derecho originario puede ser controlado directamente por el TC, y siendo derivado lo puede ser indirectamente a través de aquel.

Ahora bien, existe un ámbito que será el más propenso a esta confluencia: el de los derechos fundamentales. De hecho, para algunos autores este terreno es el único en el que la cuestión prejudicial y la de constitucionalidad convergen<sup>15</sup>; otros lo restringen todavía más, pues consideran que dentro del mismo solo debiera ser posible o aconsejable el doble reenvío cuando exista margen de apreciación en el Estado destinatario o legislación no uniformada<sup>16</sup>.

La dinámica de este apartado conduce a que no me alineé con tal posición. Pese a su inestimable valor, me inclino a pensar que son fruto de una perspectiva algo sesgada. Que el terreno de los derechos fundamentales sea el más feraz en el plano de convergencia entre la cuestiones de constitucionalidad y prejudicialidad no obsta a que otros ámbitos puedan ser objeto de hipotéticos conflictos como los expuestos; además, si solo pudiera intervenir el TC dentro de ámbitos de derecho de la UE que no están plenamente armonizados o en donde los Estados gozan de margen de maniobra, ¿no estaríamos haciendo desertar a nuestro TC de la labor de construcción y modelación de derechos que le corresponde dentro del ordenamiento español?; y, lo que es más grave, ¿esa misma lógica no implicaría que todos los campos en los que la UE marcara un contenido reglado quedarían relegados del control de constitucionalidad?

Parece evidente que tal postura no es la que asumió el TC con la Declaración de 13 de diciembre de 2004<sup>17</sup>, en donde atajó frontalmente los conflictos entre normas constitucionales y el Derecho europeo, y en la que afirmó que la primacía del derecho de la UE sobre la CE no afectaba en términos superioridad jerárquica sino espacial respecto a las competencias cedidas<sup>18</sup>. Asimismo, el propio TC puso

---

<sup>13</sup> Sentencia de 16 de julio de 1998, C- 264/96 ECLI:EU:C:1998:370.

<sup>14</sup> Lo que conllevaría una afectación directa al bloque de la constitucionalidad. Ello se puede deducir de la copiosa jurisprudencia del TC sobre esta materia, véase a título de ejemplo la sentencia de 25 de abril de 2002, 96/2002 que dispuso que, "la distribución competencial que entre el Estado y las Comunidades Autónomas ha operado el texto Constitucional rige también para la ejecución del Derecho Comunitario, pues la traslación de este Derecho supranacional no afecta a los criterios constitucionales del reparto competencial, de tal manera que el orden competencial establecido no resulta alterado ni por el ingreso de España en la Comunidad Europea ni por la promulgación de normas comunitarias".

<sup>15</sup> Véase CRUZ VILLALÓN y REQUEJO PAGÉS, "La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad", en *op. cit.* n.º 3, p.191. Estos autores sostienen que "(...) la zona de conflicto entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad se circunscribe, en realidad, al ámbito de los derechos fundamentales(...)".

<sup>16</sup> Véase MUÑOZ MACHADO S.: "Los tres niveles de garantías de los Derechos Fundamentales en la Unión europea: problemas de articulación", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º. 50, 2015, p.228 y ss.

<sup>17</sup> Con motivo de la consulta acerca de la constitucionalidad de determinados preceptos del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa. Previamente lo había afirmado en la Declaración de 1 de julio de 1992

<sup>18</sup> Se a hacer notar que esta declaración ha dado mucho que hablar a los comentaristas de la teoría del Estado, ya que fue asumida con desconfianza por parte de la doctrina, especialmente porque la posición del TC respecto de la Unión europea se ha asentado sobre la base de su configuración como una organización más de derecho internacional. Por todos, VIDAL PRADO, C.: "La compatibilidad del tratado constitucional europeo con la Constitución Española", *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n.º. 55, 2006, pp. 999-1055.

reservas a esa primacía, en particular: el respeto a las estructuras básicas, a la identidad constitucional y a los derechos y libertades fundamentales del Título I; y declaró que en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevarle a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran<sup>19</sup>

Es cierto que no conviene hacer una apología de los *contralímites*<sup>20</sup>, ni exigir a nuestro TC asumir una posición contestataria ni fiscalizadora del derecho de la UE de manera habitual, pues ello iría en contra de la posición que le corresponde asumir en la integración europea; pero tampoco considero que deba desertar sin más de su obligación institucional de último garante en materia de derechos fundamentales y de defensor de la Constitución. He de reconocer haber afirmado supuestos en que la confluencia entre los instrumentos puede ser sumamente arriesgada, pues es evidente que en los supuestos de quebranto del art. 93 y 96 nos encontramos ante una norma que lo que contradice propiamente es la CE, no el derecho de la Unión. No obstante, tanto por lo que se ha expuesto relativo al margen de apreciación, especialmente por la conexión con el ámbito de aplicación del derecho de la Unión, como por el hecho de que cuando nos encontremos en el terreno del derecho de la UE el TJUE tendrá siempre la última palabra para interpretar sus disposiciones y enjuiciar su validez, este terreno será propenso a la doble prejudicialidad; ello porque existe una tendencia general hacia el cuestionamiento prioritario de la cuestión prejudicial -especialmente en nuestro país- que puede conducir a que, en aquellos ámbitos en que exista un problema de constitucionalidad conectado con el derecho de la UE, la activación de ambos mecanismos sea en algunas ocasiones muy recomendable y en otras imprescindible.

### III. Una(s) Cuestión(es) de prioridad

Tal como si se discutiera si fue antes el huevo o la gallina o, menos prosaicamente, si la potencia o el acto aristotélico, dentro de la temática relativa a la convergencia entre las cuestiones de constitucionalidad y prejudiciales lo que más fervientemente ha inquietado a los comentaristas es la prelación entre ellas. Lo que no es de extrañar, si tenemos en cuenta los efectos que suelen tributar a las respuestas de constitucionalidad y la preminencia e influencia que en el ordenamiento de la UE ostenta el TJUE. Veamos las posibilidades que existen.

#### 1. La prioridad de la cuestión de constitucionalidad: tres límites

La posibilidad de imponer la prioridad de la cuestión de constitucionalidad sobre la cuestión prejudicial ha sido tratada especialmente a colación del régimen legal francés. El país galo puso la controversia sobre la mesa con motivo de la ley constitucional nº 2008-724, de 23 de julio de 2008, de modernización de las instituciones de la V República, que modificó el artículo 61.1 de la Constitución de 4 de octubre de 1958 en los siguientes términos: ``Cuando en un procedimiento en curso ante un órgano jurisdiccional se alegue que una disposición legislativa vulnera los derechos y libertades que la Constitución garantiza, el Consejo de Estado o la Corte de Casación podrán remitir la cuestión, pronunciándose dentro de un plazo determinado, al Consejo Constitucional. Mediante Ley orgánica se regularán los requisitos para la aplicación del presente artículo``. Este precepto tuvo como consecuencia la modificación de la Ley orgánica del Consejo Constitucional, la cual incorporó que, ``en cualquier caso, el tribunal debe, cuando se encuentra con medios para impugnar la conformidad de una disposición legislativa, por un lado, con los derechos y libertades garantizados por la Constitución y, por otro lado, con los compromisos internacionales de Francia, pronunciarse prioritariamente por la transmisión de la

---

<sup>19</sup> Último párrafo del FJ 4 de la Declaración.

<sup>20</sup> Sobre los contralímites puede verse: VECCHIO, F.: ``Primacía del Derecho Europeo y contralímites como técnicas para la relación entre ordenamientos``, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº. 17, 2012. Accesible en: [https://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/02\\_VECCHIO.htm](https://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/02_VECCHIO.htm).

cuestión de constitucionalidad al Consejo de Estado o al Tribunal de Casación''<sup>21</sup>.

Pronto se suscitaron dudas a los órganos franceses de la compatibilidad de dicha disposición con el TFUE, especialmente por la obligatoriedad de remitir previamente la cuestión de constitucionalidad; y así se constató con la cuestión prejudicial que la Corte de Casación francesa interpuso al TJUE<sup>22</sup>.

Las mismas serían disipadas por el TJUE en el asunto MELKI y ABDELI<sup>23</sup>, donde declaró lo siguiente: ``*Procede responder a la primera cuestión planteada que el artículo 267 TFUE se opone a una normativa de un Estado miembro que establece un procedimiento incidental de control de constitucionalidad de las leyes nacionales, en la medida en que el carácter prioritario de ese procedimiento tenga como efecto impedir , tanto antes de la remisión de una cuestión de constitucionalidad 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 dicha cuestión, que todos los demás órganos jurisdiccionales nacionales ejerzan su facultad o cumplan su obligación de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia.*''

De esta manera, el TJUE dio una respuesta de adecuación del derecho nacional condicionada a dos límites: que tanto el órgano remitente de la cuestión como cualquier otro puedan seguir ejerciendo su facultad u obligación de interponer cuestiones prejudiciales; y a que con la posibilidad de un control de constitucionalidad previo no se cercene la competencia exclusiva del TJUE para declarar la invalidez de un acto de la Unión<sup>24</sup>.

Sin embargo, lo más destacable de la resolución es el tercer límite que marca. Y es que añade que, cuando se trate de una norma nacional dictada para adaptar una norma europea (*mutatis mutandis* –en tanto que la norma debatida en este caso era una directiva-), si la causa de invalidez viene de base de la norma europea y el órgano nacional la reputa inválida, es prioritario el planteamiento de cuestión prejudicial de validez al TJUE, ya que ``la cuestión de si la directiva es válida tiene carácter previo respecto a la obligación de adaptación a ésta''<sup>25</sup>. Este límite, que se menciona en la resolución de manera sutil y se introduce disimuladamente, es coherente con la especificidad de la cuestión prejudicial y la relación entre ordenamientos. Y es que, en los supuestos en que un órgano albergue dudas de validez de una norma de la UE, la facultad de interposición de cuestión prejudicial del art. 267 del TFUE se torna en obligación conforme a la sentencia del TJUE en el asunto FOTOFROST<sup>26</sup>. De esta manera, en los supuestos en que la duda de constitucionalidad de una norma nacional venga precedida de una duda de validez de una norma de derecho derivado de la UE, lo primero que habrá de cuestionarse es la validez de la disposición europea y, tras ella, si fuera pertinente, plantear la cuestión de constitucionalidad. Es una postura razonable por cuanto hemos de pensar que, si el vicio viene motivado por la propia norma de la UE, esta tendrá, más que probablemente, la potencialidad de producir conflictos con el resto de los ordenamientos de los

---

<sup>21</sup> Arts. 23.2 y 23.5 de la Ley Orgánica sobre el Consejo Constitucional, modificada en este punto por la Ley Orgánica 2009-1523, 10-12.

<sup>22</sup> La pregunta que formalizó fue la siguiente: ``¿Se opone el artículo 267 [TFUE] a una normativa como la de los artículos 23- 2, párrafo segundo, y 23-5, párrafo segundo, del Decreto legislativo nº 58-1067, de 7 de noviembre de 1958, introducidos por la Ley orgánica nº 2009-1523, de 10 de diciembre de 2009, por cuanto obligan a los órganos jurisdiccionales a pronunciarse con prioridad sobre la remisión al Conseil constitutionnel de la cuestión constitucional planteada ante ellos, en el caso de que dicha cuestión se refiera a la supuesta falta de conformidad con la Constitución de una disposición de Derecho interno, derivada de la oposición de esta última a las disposiciones del Derecho de la Unión?''.

<sup>23</sup> Sentencia de 22 de junio de 2010, MELKI (C-188/10) y ABDELI (C-189/10), ECLI:EU:C:2010:363.

<sup>24</sup> Véanse los FFJJ 54-56 de la resolución.

<sup>25</sup> FJ 56, *in fine*.

<sup>26</sup> En el asunto FOTO-FROST el TJUE declaró que en tales situaciones los órganos nacionales no eran competentes para declarar por sí mismos la invalidez de los actos de las instituciones comunitarias, y que solo el TJUE sería el competente para juzgar la legalidad de la normativa europea. Esto nos lleva a que los órganos nacionales, pese a que no tengan dudas sobre la invalidez de una norma europea, hayan de plantear siempre cuestión ante el TJUE, y ello, aunque sean órganos contra cuyas decisiones cabe recurso. Sentencia de 22 de octubre de 1987, C-314/85, ECLI:EU:C:1987:452.

Estados miembros; lo que hace pertinente que sea el TJUE quien aborde la cuestión en primer lugar para evitar que las dudas se expandan a otros Estados.

## **2. La prioridad de la cuestión prejudicial. Referencia al régimen español**

Del asunto MELKI se colige que el TJUE admite, bajo ciertas condiciones, la preferencia de la cuestión de constitucionalidad sobre el procedimiento prejudicial. Pese a ello, me parece que existen bastantes más argumentos en favor de una generalización de la prioridad de la cuestión prejudicial. Haré referencia a dos: uno de ellos tiene una naturaleza general y de razón metodológica en clave europea; el otro se refiere, en particular, a la situación de la cuestión en el régimen español.

### **i) Argumento lógico-europeo**

Este argumento universaliza cualquier situación por muy imbricada que pueda estar en un ordenamiento concreto, y puede ser sumamente gráfica de la metodología que los jueces nacionales han de manejar ante cuestiones de esta naturaleza.

El mismo parte de la base de que cuando nos encontremos ante una situación en que pueda existir un conflicto entre una norma que pueda considerarse a su vez inconstitucional y anticomunitaria habremos de encontrarnos, si quiera indiciariamente, en un ámbito de derecho de la UE. Para determinar si nos encontramos en el ámbito de la UE se ha de recurrir a las normas de competencia y ámbito de aplicación complementadas con la jurisprudencia del TJUE, y en ocasiones será necesario recurrir a la cooperación de Luxemburgo para cerciorarnos. Esto es importante puesto que, en tales casos, el TJUE tendrá competencia para resolver.

Dicho lo cual, será conveniente en supuestos de doble duda requerir primero la intervención del TJUE, el cual habrá de concretar si nos encontramos o no dentro del ámbito del derecho de la Unión; si es de aplicación un instrumento u otro; y que margen de apreciación permite la normativa comunitaria. En materia de derechos fundamentales será conveniente cuestionarle acerca de si la normativa europea con la que se establece la conexión comunitaria respeta la Carta de Derechos Fundamentales; y si lo hace, si la normativa europea deja margen de maniobra para que los Estados establezcan mayor protección, y hasta dónde alcanza el margen de apreciación dentro del que puede moverse la normativa nacional<sup>27</sup>.

Pues bien, como he dicho, tales cuestiones no podrán ser resueltas por otro órgano con carácter último y definitivo que no sea el TJUE, pero es que, además, con total probabilidad todas estas cuestiones van a resultar necesarias para que el órgano nacional decisorio pueda posteriormente resolver la cuestión, pues podrá decidir sobre la aplicación al caso una vez evaluado el derecho de la UE en su contexto natural y por parte de su supremo intérprete.

El problema de este argumento es que fagocita la prelación exclusivamente en el TJUE. Y ello no deja de inquietar, puesto que llevado al extremo puede desembocar en la interposición de cuestiones prejudiciales más allá de la duda, en tanto que para ubicar adecuadamente el ámbito de resolución se recabaría siempre la cuestión prejudicial primero. De hecho, en los supuestos que hemos visto en el primer numeral de este apartado, relativos a la confrontación del derecho de la UE con la CE y a la constitucionalidad de las normas dentro del ámbito del derecho de la UE, podría conllevar, *de facto*, una imposición prejudicial antes de resolver la de constitucionalidad, haciendo mutar el régimen actual de la facultad-obligación de la cuestión prejudicial en una exigencia cuasi protocolaria previa antes de recurrir al TC. Por esos motivos ha de ser utilizada cuando sea pertinente, y no caer en excesos innecesarios que puedan resultar contraproducentes.

---

<sup>27</sup> Salvando las distancias y siguiendo un discurso no meramente asentado en derechos fundamentales, esta metodología se inspira en BUSTOS GISBERT, R.: "La Aplicación judicial de la CDFUE; un decálogo a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº. 39, 2017, p. 344.



## ii) Argumento en clave nacional

Dentro del ordenamiento jurídico español, la prioridad en el planteamiento de la cuestión prejudicial sobre la de constitucionalidad es asumida con soltura por nuestro TC<sup>28</sup>. Las razones que el TC ha esgrimido para fundamentarla se resumen al procedimiento de planteamiento de la cuestión de constitucionalidad, que exige que la cuestión solo se interponga cuando la norma sea aplicable al caso, por lo que es necesario que con carácter previo el TJUE se pronuncie a partir del mecanismo de la cuestión prejudicial<sup>29</sup>. Más allá de una exigencia procedimental, tal posición tiene importantes connotaciones prácticas, ya que si el TJUE constatará la invalidez de la norma europea o la declarara inaplicable en el supuesto concreto (por cualquier motivo de los expuestos) la cuestión de constitucionalidad decaería por falta de objeto; además, tal metodología evita que el TC se pronuncie en situaciones de incertidumbre aplicativa ya que la competencia para declarar si la norma europea es aplicable corresponde al TJUE.

En realidad, no es más que un argumento en clave nacional, a fin de acomodar la mecánica del Derecho de la Unión y del Derecho interno a las exigencias procedimentales de la cuestión de constitucionalidad en España. Pese a ello, considero que tiene sentido a nivel nacional, y es sumamente eficiente para la jurisdicción ordinaria. De hecho, las bondades y conveniencia de la prioridad prejudicial se han generalizado hasta el punto de que se han hecho ecos en la doctrina de proposiciones de *lege ferenda*, a fin de una regulación expresa de la concurrencia en tal sentido. Una de ellas es la de JIMENA QUESADA, que propone, con gran pragmatismo e interés en la evitación de duplicaciones prejudiciales y estrategias subrepticias de dudoso fin jurídico, que se incorpore en el art. 3 de la LOTC una disposición como la siguiente: *“En caso de concurrencia de una cuestión prejudicial planteada por otros órganos jurisdiccionales españoles con una cuestión de inconstitucionalidad que contenga objeto análogo y normativa interpuesta coincidente de la UE, se suspenderá la tramitación de ésta hasta tanto aquélla sea resuelta por el Tribunal de Justicia. Por otra parte, cuando la cuestión de inconstitucionalidad introduzca normativa de la UE como parte del juicio de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional declarará la inadmisión si antes no ha sido sometida con carácter prejudicial ante el Tribunal de Justicia”*<sup>30</sup>.

Esta propuesta, sin perjuicio de sus buenas intenciones, me parece que yerra en ciertos aspectos básicos de la cuestión prejudicial. El primer inciso es aceptable, en tanto que evita la tramitación paralela de cuestiones que pudiendo ser desconocidas por ambos órganos resolutorios pueden conducir a pronunciamientos que ocasionen desajustes en el espacio constitucional europeo –especialmente por lo que se refiere a la respuesta de constitucionalidad-. Por el contrario, el segundo inciso me resulta sumamente desafortunado, pues supone una imposición de plantear cuestión prejudicial a un órgano que se desconoce si está facultado u obligado conforme a la jurisprudencia del TJUE, y, en este segundo caso, si puede ser excepcionado por la doctrina del acto claro o aclarado. En realidad, una disposición así no se alejaría de la anterior doctrina del TC que exigía el planteamiento de cuestión prejudicial para permitir la inaplicación de una ley al juez ordinario<sup>31</sup>; de hecho, incluso excedería de este supuesto, pues el solo hecho de imponer plantear previamente cuestión al TJUE cuando exista *“normativa de la UE como parte del juicio de constitucionalidad”* es una exigencia más potente que imponer la necesidad de interponer cuestión prejudicial previa antes de decidir inaplicar una norma rango de ley.

---

<sup>28</sup> Así lo ha reconocido en los autos de 4 de octubre de 2016, 168/2016 y de 22 de septiembre de 2020, 116/2020.

<sup>29</sup> El art. 35. 1 de la LOTC, dispone que, *“ Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley”*.

<sup>30</sup> JIMENA QUESADA, L.: *“La cuestión prejudicial europea ante planteamientos más que dudosos”*, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº. 39, 2017, p.297.

<sup>31</sup> Téngase en cuenta que esta postura, sustentada por las sentencias del TC de 18 de mayo de 2004, 58/2004 y de 19 de junio de 2006, 194/2006 fue revisada por la sentencia de pleno de 20 de octubre de 2010, 78/2010 a fin de adaptarla a la jurisprudencia de Luxemburgo relativa a la facultad de los órganos nacionales de interponer cuestiones prejudiciales de manera discrecional y de inaplicar disposiciones nacionales internas contrarias al Derecho de la Unión sin necesidad de requerir previo pronunciamiento de constitucionalidad.

### 3. El problema de la regulación expresa de la prioridad de la cuestión prejudicial. La discordia

A mi juicio, pese a que existan múltiples argumentos que converjan hacia una necesidad de generalizar la cuestión prejudicial como prioritaria a la de constitucionalidad, esta solo podría imponerse en ciertas circunstancias. Se trataría de buscar una fórmula que aunase, por una parte: la toma en consideración de nuestro ordenamiento nacional; y por otra: el ordenamiento europeo y las matizaciones al mismo por parte del TJUE. Tal fórmula se reduciría a imponer la prioridad exclusivamente en aquellos supuestos en que, existiendo dudas de constitucionalidad y de "anticomunitariedad", las dudas que el órgano nacional tuviera de derecho europeo se tratasen de validez de la norma europea con juicio indiciario negativo; así como cualesquiera otras dudas que albergase un órgano cuyas decisiones no sean recurribles y que, además, no estuviera exento de interponer cuestión prejudicial por la doctrina DA COSTA<sup>32</sup> y CILFIT<sup>33</sup>. Más allá de estos casos, la imposición de prioridad prejudicial choca con la facultad discrecional que el TJUE reconoce a los órganos nacionales para plantearla, por lo que fuera de ellos se desvanece, a mi parecer, la posibilidad de interponer una prioridad expresa de prejudicialidad sobre la cuestión de constitucionalidad.

En realidad, la dogmática acerca de la concurrencia y prelación de las cuestiones siempre ha sido estudiada como un problema que afecta a aquellos órganos contra cuyas decisiones no cabe recurso, y desde la temática de las cuestiones prejudiciales de validez. Sin embargo, dentro de nuestro sistema, si tenemos en cuenta por una lado los efectos de la respuesta a una cuestión de constitucionalidad previstos en el art. 39 de la LOTC, y el hecho de que los órganos cuyas decisiones son susceptibles de recurso estén simplemente facultados para interponer cuestiones prejudiciales (salvo - de nuevo- en los supuestos de validez con juicio indiciario negativo), no parece improbable la situación en que, al no interrogarse a Luxemburgo (por estar facultado), se cuestionara previamente al TC (por estar obligado), pudiendo derivarse por la resolución de este efectos indeseables en el ámbito europeo.

Es evidente que, *a priori*, en el plano de validez del derecho de la UE difícilmente pueda darse ese pronunciamiento previo de constitucionalidad -más allá de una inobservancia y preterición de la remisión prejudicial cuando es obligatoria, lo cual tampoco es imposible-; no obstante, puede suceder que, si la duda que se cierne sobre la norma europea es de interpretación respecto de la norma nacional y un órgano facultado para interponer cuestión prejudicial no lo hace y sí que interpone previamente la de constitucionalidad, si el TC declara la inconstitucionalidad de dicha norma que adapta o ejecuta el Derecho de la Unión, el Estado puede colocarse en una situación delicada para con el Derecho de la UE<sup>34</sup>.

De este modo, la problemática tampoco finaliza con una formulación expresa de la prioridad. A excepción de que la obligación de planteamiento de cuestión prejudicial afectare a todos los órganos jurisdiccionales y en ambos tipos de cuestiones (de interpretación y validez); lo que, al ser contrario a los tratados y a la jurisprudencia del TJUE, exigiría necesariamente una reforma de los tratados de la UE.

---

<sup>32</sup> En DA COSTA el TJUE reconoció la excepción a la obligación de planteamiento de cuestión a las autoridades cuyas decisiones no fueran recurribles en los supuestos de "acto aclarado". Sentencia de 27 de marzo de 1963, C-28/62, ECLI:EU:C:1963.

<sup>33</sup> En CILFIT, el TJUE dio una serie de instrucciones y criterios que los jueces nacionales han de ponderar para llegar a la conclusión de encontrarse en un caso de "acto claro", y que pasan por un análisis del Derecho en comparación con las diferentes versiones lingüísticas; y en averiguar el sentido de la norma de acuerdo con el contenido propio y autónomo de los términos jurídicos del ordenamiento europeo de acuerdo con una interpretación sistemática y finalista de los tratados. Con la exigencia de que la interpretación obtenida ha de imponerse igualmente al resto de los órganos de los Estados miembros y al TJUE; y que se concluya que la correcta aplicación del Derecho de la Unión se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable.

<sup>34</sup> Piénsese, por ejemplo, en que se declarase inconstitucional una norma nacional que adapta el Derecho de la Unión y que por los efectos de la invalidez nacional se dejase sin regular un ámbito al que venía obligado el Estado. Ello supondría colocarse en una posición contraria al principio de cooperación leal respecto al cumplimiento de las obligaciones de los tratados, además de que conllevaría una quiebra de la seguridad jurídica.

#### IV. ¿HACIA LA CONCORDIA POR LA VÍA DE LA SIMULTANEIDAD RACIONAL?

Las incógnitas e incertidumbres relativas a la concurrencia entre la cuestión prejudicial y de constitucionalidad son numerosas y permanentes. El TJUE no proscribe la simultaneidad, empero nuestro ordenamiento jurídico parece imponer la prioridad prejudicial. Algunos autores como CRUZ y REQUEJO<sup>35</sup> han lanzado la idea de que la simultaneidad es posible si atendemos a la necesidad de una tutela judicial sin excesivas dilaciones, evitando hacer recaer en el justiciable las consecuencias de un engranaje sumamente bizantino y poco lubricado de relación entre instrumentos. En mi opinión, es evidente que la prioridad prejudicial es sumamente conveniente, pero lo cierto y verdad es que ni tiene que producirse siempre, ni es exigible en todo caso. Por lo tanto, la posibilidad de entrelazamiento de tales instrumentos es plausible, incluso en nuestro ordenamiento jurídico.

Sentado esto parece que, por un lado, es aconsejable que a los órganos que se les planteen situaciones de doble conflicto prioricen en la prejudicialidad europea, se encuentren o no obligados, y ello siempre que se evite una dinámica que en la práctica derive en cuestiones prejudiciales forzosas. A la postre, es exigible y predicable una política y pedagogía de racionalidad acerca de la prioridad prejudicial europea, y que esta sea asimilada con compromiso y responsabilidad por los órganos jurisdiccionales.

Por otro lado, el hecho de que situaciones de solapamiento o cruce impusieran que la cuestión de constitucionalidad antepusiera sus consecuencias a la prejudicial tampoco debería significar una alarma desmedida en el terreno de las relaciones entre el ordenamiento nacional y el europeo, especialmente por los efectos *ex tunc* que comporta la declaración de invalidez de la norma nacional. Para entender esto es conveniente que nos desembaracemos de ciertos tópicos de nuestra normativa interna y alcemos la vista hacia la búsqueda de un modelo más plural, que se nutra de las premisas de ambos ordenamientos. Para explicar esta afirmación pueden servir un par de ejemplos que evidencian cómo una relectura de nuestra normativa interna es posible a la luz del derecho de la Unión.

Uno de ellos sería el del supuesto de que se simultaneara la cuestión prejudicial con la de constitucionalidad una vez se ha interpuesto esta última. Esto, en principio, es vedado por la LOTC -a salvo que sea interpuesta por otro órgano diferente del que interpuso la cuestión-<sup>36</sup>, que exige la suspensión y paralización del procedimiento interno en tanto que se resuelve sobre la cuestión; pero digo en principio porque es a todas luces contrario a la jurisprudencia del TJUE del asunto MELKI, así como a toda la saga jurisprudencial del TJUE que, derivada del principio de primacía, determina la incompatibilidad con el derecho de la UE de normas, procedimientos, o prácticas sean judiciales, legislativas o de cualquier tipo dentro del ordenamiento interno que tengan por efecto impedir al juez nacional hacer lo oportuno a fin de inaplicar la norma interna contraria al derecho de la Unión<sup>37</sup>. Pues bien, por poco práctica y extraordinaria que pueda ser esta posibilidad, el mismo órgano que plantea una cuestión de constitucionalidad va a seguir estando facultado para interponer cuestión prejudicial, y ello pese al tenor de la LOTC.

El otro ejemplo, bastante más problemático, se refiere a las consecuencias de una sentencia del

---

<sup>35</sup> “La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad”, en *op. cit.* n.º 3, pp. pp. 192 y ss. Estos autores, con suma gallardía y ambición, proponen un nuevo entendimiento de la prejudicialidad y la constitucionalidad, haciendo primar la abstracción sobre la concreción – en tanto que daría pie a respuestas inútiles del TJUE por no existir objeto e inciertas por el TC por desconocerse su aplicabilidad al caso- a fin de responder de manera celeré a aquellos asuntos susceptibles de doble prejudicialidad.

<sup>36</sup> El art. 35.Tres dispone que, “ El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad originará la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Producida ésta el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión”. Así es entendido además por la doctrina; véase PUNSET BLANCO, que afirma que “ Desde luego, la pendencia de una cuestión de inconstitucionalidad en nada impide la admisibilidad de una cuestión prejudicial, aunque ésta ha de plantearse por un órgano judicial distinto de aquel que promovió la intervención del TC, toda vez que las actuaciones judiciales de dicho promotor se encuentran suspendidas ex lege (art. 35.3 LOTC)”. PUNSET BLANCO, R.: “Derechos fundamentales y primacía del derecho europeo antes y después del caso Melloni”, UNED. *Teoría y realidad constitucional*, n.º 39, 2017, p.194.

<sup>37</sup> Este axioma ha sido establecido en pronunciamientos como: FACTORTAME, de 19 de junio de 1990, C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257; AKERBERG FRANSSON, de 26 de febrero de 2013, C-617-10, ECLI:EU:C:2013:105; o WINNER WETTEN, de 8 de septiembre de 2010, C-409-06, ECLI:EU:C:2010:503.

TC que declare la inconstitucionalidad de un precepto con efectos dentro del ámbito de la Unión. Que el art. 39 de la LOTC determina la nulidad *ex tunc* de los preceptos anulados es pacífico, y que si una decisión de este tipo precediera a una hipotética cuestión prejudicial conllevaría dejar sin objeto a esta y en su consecuencia impedir al TJUE pronunciarse sobre la norma europea es igualmente asumido; ahora bien, ¿no cabe un nuevo entendimiento de tales consecuencias en situaciones imbricadas en el Derecho de la Unión?

Personalmente opino que sí. Al igual que el TJUE reculó en la sentencia INCOGE<sup>38</sup> respecto de la consecuencia que refirió en SIMMETHAL relativa a la imposibilidad de formulación válida de nuevos actos legislativos nacionales incompatibles con el derecho de la Unión, admitiendo la posibilidad de la pervivencia en los ordenamientos internos de normas contrarias al derecho de la Unión siempre que se clarifique la aplicación y se evite incertidumbre sobre la norma y sus efectos, ¿por qué otro tanto no se le puede predicar al régimen de efectos de una norma contraria a la constitución pero con ámbito de aplicación europeo?

Tal política permitiría que, en pronunciamientos de constitucionalidad de normas con ámbito de aplicación europeo y nacional, se pudieran modular los efectos de las resoluciones dentro del terreno del derecho de la UE<sup>39</sup>. De hecho, esta posibilidad ya se ha materializado en alguna ocasión. Como señala ALONSO GARCÍA<sup>40</sup>, ante situaciones en que la responsabilidad internacional estaba juego, el TC ha decidido posponer los efectos internos en términos de inaplicación vinculados a la declaración de inconstitucionalidad. Por ejemplo: declarando que la nulidad ligada a la inconstitucionalidad no tendría efectos retroactivos<sup>41</sup>; difiriendo temporalmente sus efectos<sup>42</sup>; o, en fin, estableciendo que operaría cuando se dictara la correspondiente disposición sustitutiva<sup>43</sup>.

En estos supuestos resultaría conveniente que el TC generalizara la modulación de sus pronunciamientos anulatorios, excepcionando la regla de la vinculación de la declaración de inconstitucionalidad a la nulidad con efectos *ex tunc*<sup>44</sup>. Con ello podría ponerse una primera piedra en el camino hacia la concordia entre dos instrumentos que, pese a sus grandes diferencias, están condenados a complementarse.

---

<sup>38</sup> Moderando lo que años antes manifestó en SIMMENTHAL, en la sentencia de 22 de octubre de 1988, INCOGE, C-10/97, ECLI:EU:C:1998:498 el TJUE afirmó que la incompatibilidad con el Derecho de la Unión de una norma interna posterior no supone la inexistencia de esta; lo que reiteró en la sentencia del asunto FILIPAK, de 19 de noviembre de 2009, C-314-08, ECLI:EU:C:2009:719.

<sup>39</sup> Desde la doctrina alemana, HWANG, S.: "Anwendungsvorrang statt Geltungsvorrang? Normlogische und institutionelle Überlegungen zum Vorrang des Unionsrechts", *EuropaRecht*, nº. 4, 2016, p. 364, arguye la posibilidad de superación de la doctrina alemana del *Anwendungsvorrang* basada en la disociación kelseniana de la ilegalidad frente a la nulidad de la norma jurídica.

<sup>40</sup> ALONSO GARCÍA, R.: "El control de convencionalidad: cinco interrogantes", *Revista española de derecho constitucional*, nº. 119, 2020, p.33.

<sup>41</sup> Sentencia del TC 45/1989, de 20 de febrero.

<sup>42</sup> Sentencia del TC 13/2015, de 5 de febrero

<sup>43</sup> Sentencia del TC de 1 de octubre de 1998, 195/1998 y 132/2010, de 2 de diciembre

<sup>44</sup> Sobre esta posibilidad puede consultarse: GARCÍA DE ENTERRIA, E.: "Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las Leyes inconstitucionales", *Revista española de derecho administrativo*, nº.61, pp. 5 y ss.

## BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GARCÍA, R.: "El control de convencionalidad: cinco interrogantes", *Revista española de derecho constitucional*, nº. 119, 2020.

ALONSO GARCÍA, R.: *El Juez español y el Derecho comunitario*, Consejo general del poder judicial, Madrid, 2002.

AZPITARTE SÁNCHEZ, M.: *El tribunal constitucional ante el control del Derecho comunitario derivado*, Civitas, Madrid, 2002.

BUSTOS GISBERT, R.: "La aplicación judicial de la CDFUE; un decálogo a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº. 39, 2017, pp. 333-359.

CRUZ VILLALÓN, P. y REQUEJO PAGÉS, J.: "La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº. 50, 2015, pp. 173-194

DÍAZ GONZÁLEZ, G.: La "inconstitucionalidad" de la ley interna por vulneración del derecho de la Unión Europea, *Revista de administración pública*, nº. 202, 2017, pp. 91-130.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: "Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las Leyes inconstitucionales", *Revista española de derecho administrativo*, nº. 61, 1989, pp. 5-18.

HWANG, S.: "Anwendungsvorrang statt Geltungsvorrang? Normlogische und institutionelle Überlegungen zum Vorrang des Unionsrechts", *EuropaRecht*, nº. 4, 2016, pp. 355-372.

JIMENA QUESADA, L.: "La cuestión prejudicial europea ante planteamientos más que dudosos", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº. 39, 2017, pp. 271-306.

MANGAS MARTÍN, A.: "Le droit constitutionnel espagnol et l'intégration européenne", en *Fédération Internationale pour le droit Européen*, XVII Congrès, Berlin, 1996, pp. 206-228.

MANGAS MARTÍN, A.: "La Constitución y la Ley ante el Derecho Comunitario (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional español 28/1991, de 14 de febrero, sobre la Ley Orgánica de Régimen Electoral General y el Acta relativa a las elecciones al Parlamento Europeo)", *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 18, nº 2, 1991, pp. 587-624.

MUÑOZ MACHADO, S.: "Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión europea: problemas de articulación", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº. 50, 2015, pp. 195-230.

PUNSET BLANCO, R.: "Derechos fundamentales y primacía del derecho europeo antes y después del caso Melloni", *UNED. Teoría y realidad constitucional*, n.º 39, 2017, pp. 189-212.

VECCHIO, F.: "Primacía del Derecho Europeo y contralímites como técnicas para la relación entre ordenamientos", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº. 17, enero-junio 2012. Accesible en [https://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/02\\_VECCHIO.htm](https://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/02_VECCHIO.htm)

VIDAL PRADO, C.: "La compatibilidad del tratado constitucional europeo con la Constitución Española", *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº. 55, 2006, pp. 999-1055.