

ESTUDIOS

Cuestiones sobre la aplicación del derecho comunitario y los derechos fundamentales

REYES CORRIPIO GIL-DELGADO

Y

CELIA FERNÁNDEZ ALLER

SUMARIO: 0. Introducción.–1. Inaplicación del derecho interno por contravenir el derecho comunitario: a) ¿Crisis del modelo centralizado de justicia constitucional? b) El papel del Tribunal Constitucional en la tutela de los derechos fundamentales.–2. La cuestión prejudicial y la doctrina del «acto claro».–3. Suspensión de actos comunitarios en la adopción de medidas provisionales como inherente a la tutela judicial efectiva.–4. El acceso de los particulares al Tribunal de Justicia para la tutela de sus derechos.–5. Conclusiones.

0. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea, ha conocido un largo proceso de construcción jurisprudencial de un sistema de protección de los derechos fundamentales, que se ha ido reflejando en los Tratados a partir del Acta Única Europea (1986) y, sobre todo, del Tratado de la UE (1992) y que culmina, por el momento, con la Carta de Derechos Fundamentales. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia (en adelante, TJ) ha evolucionado significativamente desde una etapa de negación en la que entendía que los «principios fundamentales existentes en todos los Estados miembros» son consideraciones que no pueden hacerse «prevalecer sobre un texto claramente restrictivo de un tratado»¹ hasta una etapa rica en pronunciamientos que acogen y protegen un amplio número

¹ STJCE de 4 de febrero de 1959, as 1/58, Rep. 1958-1959 p. 59 (Caso Store) y STJCE de 1 de abril de 1965, as. 40/65, Rep. 65 pp. 283 y ss. (Caso Marcelo Sgarlatta).

de derechos fundamentales². En el caso *Nold*³ queda ya establecida la obligación del TJ de tener presente, a la hora de aplicar el derecho comunitario, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y está obligado a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los derechos de los Estados miembros así como en los instrumentos internacionales relativos a la protección de los Derechos humanos a los cuales los Estados miembros se hayan adherido.

Así pues, como expresión de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros, cuyo respeto es parte integrante de los Principios Generales del Derecho comunitario que al TJ corresponde asegurar, se han ido reconociendo, aplicando y dotando de contenido los derechos fundamentales en el ámbito comunitario. Con las progresivas modificaciones de los tratados, que acogen y regulan derechos fundamentales, los esfuerzos en materia de obligatoriedad de Carta Europea⁴ y la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos resulta cada vez mas manifiesto el interés por reforzar estos principios en la aplicación del derecho comunitario⁵.

Con este presupuesto hemos de contemplar los aspectos más controvertidos en la tutela de los derechos fundamentales. La garantía procesal es un componente del derecho de la tutela judicial efectiva, para cuya realización no basta con el reconocimiento sustantivo del derecho sino que requiere una instrumentación procesal que permita materializar el derecho protegido. Con la adhesión a las Comunidades Europeas, el juez nacional se encuentra ante un nuevo esquema jurídico y, en particular,

² Sobre esta etapa ver CHUECA SANCHO, A., «La evolución de los derechos fundamentales en los tratados comunitarios». Vol. La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Civitas y Caja España, 2002 p. 43.

³ STCE 14 de mayo de 1975, as. 4/73 Rec. 508.

⁴ En el momento de redacción de este artículo la UE parece optar por un sistema de regulación de los derechos fundamentales, pues el borrador del tratado de reforma propuesto incluye declarar la obligatoriedad de la Carta Europea y la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos. El proyecto de tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la UE, de la CIG de 2007, establece que el artículo 6 se sustituye por el texto siguiente: «1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el [...] de 2007 en [...], la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones. 2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados. 3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.»

⁵ El borrador de tratado de reforma que se propuso bajo la presidencia alemana, de 19 de mayo de 2007, incluyó la «*esencia de la Constitución*». La propuesta fue presentada tras las reuniones de trabajo entre la presidencia y los delegados de los veintisiete estados miembros durante el primer semestre del año. Se decidió abandonar el formato del 'Tratado constitucional' e impulsar en su lugar un tratado clásico que introduzca enmiendas en los dos tratados actualmente en vigor, Tratado de la Unión Europea y el Tratado de la Comunidad Europea que pasaría a llamarse *Tratado sobre el funcionamiento de la Unión*. Portugal, que asumió la presidencia de la UE durante la segunda mitad del 2007, lanzó una *conferencia intergubernamental (CIG)* los días 23 y 24 de julio, para acabar la redacción del texto, coincidiendo con la reunión de ministros de Asuntos exteriores. La Conferencia Intergubernamental modificó los Tratados de la Unión Europea en sustitución de la Constitución Europea. En los textos, los redactores dicen que los tratados nuevos no tendrán carácter constitucional, sin embargo, varios autores llevan tiempo sustentando la tesis de que los tratados vigentes «constituyen una auténtica red constitucional europea de distintos niveles normativos, una multilevel constitution» El nuevo *Tratado simplificado* ha pasado a la firma de los líderes nacionales el 13 de diciembre de 2007, en Lisboa, tras lo cual se iniciará el proceso de ratificación con el objetivo de que el texto entre en vigor en 2009.

ante un nuevo sistema de fuentes que altera el contenido en el artículo 1 Código Civil⁶. Los jueces y abogados españoles están obligados a conocer y aplicar el derecho comunitario. Además, en nuestro país, caracterizado por una protección adicional en materia de derechos fundamentales, a través del Tribunal Constitucional⁷, surgen dificultades a la hora de integrar ambos ordenamientos (el nacional y el comunitario) y aunque existen mecanismos procesales que permiten la coordinación de los ordenamientos comunitario-interno y sirven de auxilio para la determinación de la norma aplicable, surgen controversias a la hora de emplearlos, en particular cuando un derecho fundamental se encuentra concernido. La situación presente ofrece todavía aspectos muy discutibles en el ámbito procesal sobre los que procuramos reflexionar en este trabajo.

La principal regla de coordinación en materia judicial es que los jueces nacionales están obligados a aplicar de forma inmediata las normas europeas en conflicto con las internas⁸ y a interpretar el derecho interno de la forma más favorable a la aplicación del Derecho comunitario, cosa que puede considerarse como un verdadero principio constitucional de interpretación de la norma comunitaria⁹. Y consecuentemente, los jueces y tribunales tienen el deber de inaplicar el derecho interno cuando este contravenga el derecho comunitario. Esta es una de las principales consecuencias de la primacía, tal y como declaró el TJ en la Sentencia Simmenthal de 9 de marzo de 1978, que dispone que el juez nacional encargado de aplicar, por su propia autoridad, el derecho comunitario, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas comunitarias, inaplicando si fuere necesario, en el marco de su competencia, toda disposición que fuese contraria a la legislación comunitaria, incluso si fuese posterior¹⁰. Por tanto «todo juez nacional, ante el que se recurre en el marco de su competencia, tiene la obligación de aplicar íntegramente el derecho comunitario y de proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando sin aplicación toda disposición eventualmente contraria de la ley nacional, ya sea ésta anterior o posterior a la norma comunitaria»¹¹.

El TJ ha recogido esta última regla en sentencias como la de 27 de junio de 2000 que señala que, al aplicar las disposiciones de derecho nacional anteriores o posteriores a la Directiva en cuestión, el órgano jurisdiccional nacional debe interpretarlas

⁶ SANCHEZ RODRÍGUEZ L. I., *Los tratados constitutivos y el derecho derivado*. Vol. Tratado de Derecho Comunitario Europeo (estudio sistemático desde el derecho español) Tomo I. Coordinador Eduardo García de Enterría, Ed. Civitas, Madrid, 1986 p. 353.

⁷ Es importante recordar que el Tribunal Constitucional Español, en su declaración de 13 diciembre 2004 estableció: «La operación de cesión del ejercicio de competencias a la Unión europea y la integración consiguiente del Derecho comunitario en el nuestro propio imponen límites inevitables a las facultades soberanas del Estado, aceptables únicamente en tanto el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional». PIRIS, J. C., *El Tratado Constitucional para Europa: un análisis jurídico*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 305.

⁸ MUÑOZ MACHADO, S., *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad europea*. Civitas, Madrid, 1986 p. 149.

⁹ ALONSO GARCÍA, E., *Los tratados constitutivos y el derecho derivado*. Vol. Tratado de Derecho Comunitario Europeo (estudio sistemático desde el derecho español) Tomo I. Coordinador Eduardo García de Enterría, Ed. Civitas, Madrid, 1986 p. 360

¹⁰ «El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del derecho comunitario, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas, dejando inaplicada, si fuere necesario, en virtud de su propia autoridad toda disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que para ello tenga que pedir o esperar su previa eliminación por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional». Sentencia TJCE de 9 de marzo de 1978, Asunto «Simmenthal».

¹¹ *Vid.* RUIZ-JARABO COLOMER, D., «El juez nacional como Juez comunitario». *Cuadernos de Estudios Europeos*, Civitas, 1993, p. 62.

en toda la medida posible, a la luz del tenor literal y de la finalidad de la norma europea (en este caso una Directiva)¹². Esta solución se apoya en la primacía del ordenamiento comunitario y la cuestión es que esta primacía puede colisionar en materia de derechos fundamentales con la competencia del Tribunal Constitucional como último garante de su tutela jurídica.

En caso de que tuviera dudas sobre la aplicación de un acto comunitario el juez o tribunal nacional habría de recurrir a la cuestión prejudicial ante el TJ para solventar dicha duda. En este punto el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva podría quedar afectado si el juez decide no plantear dicha cuestión y aplicar una interpretación que puede no ser conforme al derecho comunitario. Por otra parte, los jueces también pueden tener un mayor margen de actuación cuando suspenden provisionalmente un acto comunitario en espera de que se resuelva el pertinente recurso sobre su legitimidad y la determinación de este alcance puede servir para impedir una aplicación injusta del derecho comunitario.

Por último, desde la perspectiva de los particulares, que ya gozan a nivel interno de una tutela judicial de sus derechos fundamentales, el interés se centra en cómo pueden acceder al juez comunitario. Existen lagunas procesales que constituyen un déficit jurisdiccional a varios niveles¹³ entre las que destaca la insuficiencia de las vías de acceso del particular al juez comunitario que afecta a la capacidad de los particulares para interponer recursos y asegurar la tutela de sus derechos. Aunque el propio TJ ha considerado que estas deficiencias pueden verse compensadas por la posibilidad de impugnar las decisiones adoptadas, (art. 230.4 TCE), y con la posibilidad del individuo de hacer valer ante el juez nacional la invalidez de los actos comunitarios de carácter general a través de la cuestión prejudicial¹⁴, la doctrina sigue abogando por ampliar el recurso directo. Están pendientes, pues, los recursos que permitan el acceso de los particulares al Tribunal de Primera Instancia (TPI) y al TJ o el problema de las relaciones entre el sistema de la UE y el sistema del Consejo de Europa¹⁵. Desde esta perspectiva analizaremos los instrumentos de coordinación de la tutela procesal, en el último epígrafe de este trabajo.

1. INAPLICACIÓN DEL DERECHO INTERNO POR CONTRAVENIR EL DERECHO COMUNITARIO

Con la integración europea, la función del juez nacional ha quedado extraordinariamente enriquecida y adquiere una proyección decisiva, sobre todo si se tiene en cuenta el carácter expansivo del derecho comunitario, que ha llevado a algún autor a

¹² STJCE, de 27 de junio de 2000. Noticias de la Unión Europea, núm. 189 octubre 2000 y que, ahondando en lo ya dicho, concluye que «la exigencia de interpretación conforme requiere en particular que el Juez Nacional dé preferencia a aquella que le permita negarse de oficio a asumir una competencia que le haya sido atribuida en virtud de una cláusula abusiva».

¹³ DE SCHUTTER, O., *Ancrer les droits fondamentaux dans l'Union européenne*. Vol I. Université Catholique de Louvain. Rapport à la demande de l'Unité A5, «Citoyenneté, Charte des droits fondamentaux, Racisme et Xénophobie, Programme Daphné» de la DG Justice et Affaires Intérieures de la Commission Européenne.

¹⁴ TJ, 23 de abril de 1986, Partido ecologista Los Verdes contra el Parlamento europeo, 294/83.

¹⁵ CHUECA SANCHO, A., «La evolución de los derechos fundamentales en los tratados comunitarios» Vol. La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Civitas y Caja España, 2002 p. 43.

sugerir¹⁶ que el TJ se hubiera podido evitar muchas críticas si hubiera reconocido al juez nacional la cualidad de órgano comunitario para la aplicación del derecho europeo.

Pero la aplicación de esta tesis hasta sus últimas consecuencias puede suponer una crisis del modelo centralizado de justicia constitucional (cuestión que expon-dremos en el primer epígrafe, dedicando el segundo a analizar las especificidades que ofrece el papel del Tribunal Constitucional).

a) ¿Crisis del modelo centralizado de justicia constitucional?

Los jueces y tribunales españoles pueden inaplicar directamente el derecho interno cuando es evidente que existe una contradicción entre ambos derechos, sin embargo el sistema constitucional español no permite a los jueces y tribunales dejar de aplicar normas con rango de Ley por entender que las mismas no son válidas. La consecuencia de ello para el órgano judicial es que si se enfrenta a una norma con rango inferior a la ley debe inaplicarla cuando sea contraria a una norma de rango superior (art. 6 LOPJ) mientras que si se trata de una Ley los órganos no pueden cuestionarse su validez¹⁷, salvo planteamiento del reenvío al Tribunal Constitucional¹⁸. Como señala Muñoz Machado¹⁹ esto se compagina mal con los Tratados que atribuyen la potestad de suspender o invalidar las normas comunitarias sólo al Tribunal de Justicia y pueden volver el sistema jurídico inoperable por entero, de ahí que en otros ordenamientos que regulan también las cuestiones de constitucionalidad como son el italiano y el alemán se ha aceptado que los jueces ordinarios inapliquen las leyes posteriores y contrarias a normas europeas sin tener que recurrir previamente al Tribunal Constitucional respectivo, y ello a pesar de que el artículo 100.1 de la Ley fundamental de Bonn regula las cuestiones de constitucionalidad en términos prácticamente idénticos a los usados en el artículo 163 de nuestra Constitución (arts. 5 LOPJ y 35 y 163 LOTC)²⁰. Lamentablemente en la reciente reforma de la LOTC²¹ no se ha aceptado esta solución para el derecho español aunque se introduce la posibilidad de personación de los litigantes del proceso judicial ante el Tribunal para permitir la contradicción en este procedimiento de constitucionalidad²².

A ello se añade que las contradicciones entre el derecho interno y el derecho comunitario no pueden ser reclamadas en amparo ante el Tribunal Constitucional español que considera infraconstitucional la tarea de garantizar la recta aplicación

¹⁶ CARREAU, D., «Droit communautaire et droits nationaux: concurrence ou primauté? La contribution de l'arrêt Simmenthal». *Rev. Europe*, 1978, pp. 417 y 418.

¹⁷ Auto TSJ Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 2.ª), de 28 enero 2005 (RJ 2005/1206).

¹⁸ Dos instrumentos permiten a los órganos judiciales ordinarios participar en el control de validez de las Leyes: la obligación de interpretar las Leyes de conformidad con la Constitución, y el reenvío, que permite suspender el proceso judicial y plantear ante el Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo 163 de la Constitución, 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 35 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1979 (RCL 1979, 2383) , del Tribunal Constitucional, una cuestión de inconstitucionalidad, iniciando un proceso ante el Tribunal Constitucional para que éste resuelva sobre la eventual inconstitucionalidad de una Ley.

¹⁹ MUÑOZ MACHADO, S., *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad europea*. Civitas, Madrid, 1986 p. 267.

²⁰ Ley Orgánica 2/1979 Tribunal Constitucional.

²¹ Ley Orgánica 6/2007, de 24 mayo. Tribunal Constitucional., «BOE» 25 de mayo de 2007, núm. 125.

²² Siguiendo, como señala la exposición de motivos de la referida Ley, las directrices contenidas en la Sentencia de 23 de junio de 1993 (TEDH 1993, 1), del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

del derecho comunitario por los poderes públicos nacionales. El Tribunal Constitucional español ha reconocido que no le corresponde controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario europeo, pues este control compete a los órganos de la jurisdicción ordinaria, en cuanto aplicadores del Ordenamiento comunitario, y, en su caso, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a través del recurso de incumplimiento²³.

Ello nos reconduce a la cuestión de si el artículo 10 TCE que obliga a los Estados miembros a adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad, o el principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional confieren potestad por sí mismos a un órgano judicial nacional para dejar de aplicar las normas con rango de Ley, aprobadas por el Parlamento, incluso si las normas del Derecho nacional no permiten a los órganos judiciales dejar de aplicar las Leyes aprobadas por el Parlamento. Para Alonso García²⁴, queda claro que la potestad de juez ordinario de inaplicar una Ley existe y no deriva de la Ley Orgánica 10/1985 sino del propio Derecho europeo por lo que la exposición de motivos o el articulado tendrían que hacer referencia expresa a este fundamento, aunque no existe una norma procesal en derecho español que recoja esta garantía, lo que suscita todavía dudas sobre la solución a esta controversia²⁵. Para Ferreres, atendiendo a la Sentencia Simmenthal, el juez ordinario ha adquirido poder para inaplicar la ley, realizando por sí mismo el juicio de incompatibilidad entre la ley y el derecho comunitario, inaplicando la ley en caso de contradicción²⁶. Por otra parte, las consecuencias son claras, si se admite este poder en los jueces ordinarios carece de sentido que se les niegue la autoridad de inaplicar una ley que contradiga la Constitución.

En el caso de una medida comunitaria conforme con los derechos fundamentales pero que es incompatible con un derecho fundamental nacional, si el TJ inaplica el derecho nacional, ¿puede un tribunal nacional invocar el artículo 53²⁷ de la Carta para hacer prevalecer el derecho fundamental nacional sobre el Derecho comunitario? Mayer²⁸, cree que sí podría, dado que el principio de primacía no ha de entenderse como jerarquía, máxime cuando tras la ratificación del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea la Carta pueda tener carácter vinculante.

²³ La tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es, así pues, una cuestión de carácter infraconstitucional, y por ello excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales (*Vid.* por todas las SSTC 28/1991, de 14 de febrero, F. 4 y 41/2002 de 25 de febrero).

²⁴ ALONSO GARCÍA, E., *Los tratados constitutivos y el derecho derivado*. Vol. Tratado de Derecho Comunitario Europeo (estudio sistemático desde el derecho español) Tomo I. Coordinador Eduardo García de Enterría, Ed. Civitas, Madrid, 1986 p. 360.

²⁵ Ver referencia en la introducción de esta parte al Auto del TSJ de Castilla y León de 28 de enero de 2005.

²⁶ FERRERES CORNELLA, V., «Integración europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional». *RVAP*, núm. 65 (II), 2003 pp. 73 y ss.

²⁷ Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros.

²⁸ «La Charte Européenne des droits fondamentaux et la Constitution Européenne». *Revista trimestral de Derecho Europeo*, junio 2003. Berlín, p. 19.

En el Auto del TSJ Castilla y León de 2005²⁹ se aborda esta problemática. Por un lado se entiende que la obligación del Estado de cumplir con el Derecho comunitario, originario y derivado, ha de ser ejecutada con arreglo a su propio sistema constitucional de división de poderes y si partimos de que los órganos judiciales no pueden considerar las Leyes dictadas por los Parlamentos nacionales como «no válidas», dejando de aplicar las mismas, entonces el principio de primacía obligaría al legislador a modificar tales Leyes para acomodarlas al Derecho comunitario y a dar a las mismas carácter retroactivo si fuere necesario. Este sistema es claramente menos favorable para la efectividad del Derecho comunitario que aquel otro que considera que son los propios jueces nacionales los que deben aplicar directamente el mismo por encima de toda otra norma, sea cual sea el rango de ésta, si bien evita el imponer a los Estados miembros una redistribución entre los respectivos poderes legislativo y judicial, alterando el equilibrio existente entre los mismos, desde el momento en que se apodera a los órganos judiciales para desconocer o declarar nulas las Leyes nacionales. La cuestión planteada en el referido auto fue satisfecha en la STJCE de 7 de septiembre de 2006³⁰, en la que se afirma que, en tanto no se adopten las medidas exigidas por el Derecho comunitario, «el juez nacional debe dejar sin aplicar toda disposición nacional discriminatoria, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador» ... y deberá hacerlo «con independencia de que en el Derecho interno existan disposiciones que le confieran la competencia para hacerlo» (FJ 46).

Solucionada esta cuestión, nos toca considerar si esta doctrina es igualmente aplicable en el caso de que se viera involucrado un derecho fundamental que hubiera sido configurado de forma diversa al nacional en el ordenamiento comunitario aplicable y cómo afecta a la tutela judicial efectiva, en cuyo caso nos encontraríamos no ya ante una ley sino ante la propia Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico español. En particular en referencia a la tutela judicial efectiva, el TJ en numerosas sentencias³¹ señala que éste no exige que en el ordenamiento exista una acción autónoma para el examen de la compatibilidad de disposiciones nacionales con el Tratado CE, cuando se pueda apreciar con carácter incidental dicha compatibilidad.

Ante una cuestión que toca los derechos fundamentales, el juez nacional no podría servirse, como indica Martín-Retortillo³² de los artículos 96, 93 o 10.2 de la CE para cercenar o amenguar el nivel de derechos fundamentales afianzado por la Constitución española por lo que nos encontraríamos ante un dilema difícil de resolver. Así pues, en los supuestos en que un Juez o Tribunal español inaplica una ley española por juzgarla contraria al Derecho comunitario europeo estando implicado un derecho fundamental, el TC como defensor de la dignidad de la ley impone un canon estricto de enjuiciamiento. Así, la tutela judicial garantizada por el artículo 24.1 CE comprende el derecho a que no se inapliquen las leyes españolas supuestamente incompatibles con el ordenamiento comunitario europeo sin que observen las garantías en él previstas como el previo planteamiento de la cuestión prejudicial de interpretación y sin que la inaplicación quede motivada y fundada en derecho en términos que puedan

²⁹ Auto del Tribunal Superior de Justicia Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 2.ª), de 28 de enero de 2005 (AS 2005\1206).

³⁰ TJCE 2006\225, y posteriormente retomada en la STJCE de 21 de junio de 2007 (TJCE 2007\149)

³¹ Entre las varias sentencias que se pronuncian en este sentido citamos STJCE Luxemburgo (Gran Sala) de 13 marzo 2007 (TJCE 2007\58)

³² MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «El orden europeo e interno de los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional». RAP núm. 165, 2004, p. 24.

estimarse razonablemente aceptables (STC 58/2004 de 19 de abril FJ 11). El Tribunal Constitucional es el único que tiene competencia y jurisdicción para declarar con eficacia *erga omnes* la inconstitucionalidad de las Leyes³³.

La referida STC 58/2004 de 19 de abril (en la cual el TS Justicia de Cataluña admitía la incompatibilidad del derecho comunitario en materia idéntica a otros asuntos en los que otros Tribunales nacionales no habían apreciado dicha incompatibilidad) indica que la decisión del Juez o Tribunal de inaplicar una ley interna no debe basarse en una mera convicción subjetiva del juzgador sino en la inexistencia objetiva, clara y terminante de duda alguna sobre su aplicación que no se da cuando un órgano judicial utiliza los criterios interpretativos en un sentido que conduce a una conclusión contraria a la expresada por los restantes órganos judiciales (FJ 13) y que «el juez no puede, ante la única norma legal aplicable al caso concreto, limitarse a inaplicarla soslayando el procedimiento expresamente establecido para ello en nuestro Ordenamiento jurídico tanto para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad prevista en el artículo 163 CE como para el de la cuestión prejudicial recogida en el artículo 234 Tratado CE. Tal actuación es contraria al principio de legalidad inherente al Estado de Derecho que la Constitución enuncia en su Título Preliminar (art. 9.3), y que se instituye en un límite no sólo de la actuación administrativa (art. 103.1 CE) sino también de la judicial (art. 117.1 CE)³⁴.

Sobre la supremacía de la Constitución española sobre los Tratados, el propio Tribunal Constitucional emitió una Declaración³⁵ conciliando dicha supremacía con la primacía del Derecho comunitario que también reconoce y admitiendo que la misma norma suprema puede prever, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación (FJ 4). Por otra parte, la propia Declaración, retomando las advertencias del Consejo de Estado sobre los problemas derivados de la coexistencia de tres regímenes de tutela de los derechos fundamentales (Constitución, Convenio y Carta) considera que el TC es a quien corresponde «aclarar el sentido de la vinculación de las autoridades españolas por la Carta, las relaciones de ésta con nuestro sistema constitucional de derechos y libertades y el modo de depuración de las normas que la contradigan». Para abordar esta crisis analizaremos el papel del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales.

b) El papel del Tribunal Constitucional en la tutela de los derechos fundamentales

El medio procesal que permite en nuestro país la tutela de las libertades y derechos fundamentales es el recurso de amparo tal y como disponen los artículos 53.2 y 161.1.b) CE, y 41 LOTC con la finalidad de restablecer o preservar los mismos. El amparo se configura como una de las técnicas que permite a los Tribunales Constitucionales asumir su papel de intérprete definitivo de los derechos fundamentales, porque su alcance no se limita a vincular el supuesto de hecho con el fallo que otorga o deniega amparo, sino que irradia además una jurisprudencia que va delimitando los

³³ SSTC 73/2000, de 14 de marzo, F. 4, 104/2000, de 13 de abril [RTC 2000, 104], F. 8; 120/2000, de 10 de mayo [RTC 2000, 120], F. 3; y 173/2002, de 9 de octubre [RTC 2002, 173], F. 9.

³⁴ STC 137/1997, de 21 de julio [RTC 1997, 137], F. 2)

³⁵ Declaración del Tribunal Constitucional núm. 1/2004 (Pleno) de 13 de diciembre (RTC 2004\256).

perfiles concretos de los derechos fundamentales y libertades públicas³⁶. Se trata de un recurso que, en nuestro país, requiere el agotamiento de las demás vías judiciales, si bien, podemos pensar que, en otros contextos, como lo es la Declaración de Derechos del Hombre y el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos el recurso de amparo podría interponerse directamente contra el acto lesivo sin tener un carácter subsidiario³⁷.

Cuando la colisión entre Derecho europeo y Derecho interno envuelve una cuestión de derechos fundamentales amparables, el Tribunal Constitucional, aunque no es garante ni guardián de la primacía del derecho comunitario, sin embargo podría conocer de amparo. El recurso de amparo convierte a los derechos fundamentales en auténticos derechos subjetivos, directamente alegables, reforzando su eficacia, concretando su contenido esencial, obligando a todos los poderes públicos a reconocerlos y respetarlos³⁸.

En opinión de Muñoz Machado la intervención del TC está permitida cuando una norma comunitaria aparece como frontalmente contraria a la Constitución. «La hipótesis no es fácil que se produzca, pero, si se diera, la intervención del Tribunal Constitucional se justifica porque de considerarse estas normas válidas e integradas en el ordenamiento interno se estaría permitiendo una alteración de las reglas constitucionales, indisponibles para los tratados»³⁹. Entonces, la posibilidad de plantear recursos de constitucionalidad sobre las normas de Derecho derivado se fundamentaría en el artículo 27.2.c) de la LOTC precepto en el que también puede entenderse incluido el Derecho derivado.

La Sentencia TC 64/1991, de 22 de marzo, señala a este respecto que la adhesión de España a las Comunidades Europeas no ha alterado ni el canon de validez en los procesos de amparo ni el carácter del Tribunal Constitucional como «intérprete supremo de la Constitución» (art. 1.1 LOTC) en tales procesos y respecto de las materias sobre las que se ha producido, en favor de los órganos comunitarios, la atribución del «ejercicio de competencias derivadas de la Constitución» (art. 93 de la Constitución). En efecto, la vinculación al Derecho comunitario -instrumentada, con fundamento en el artículo 93 de la Constitución, en el Tratado de Adhesión- y su primacía sobre el Derecho nacional en las referidas materias no pueden relativizar o alterar las previsiones de los artículos 53.2 y 161.1.b), de la Constitución. Es por ello evidente 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 artículo 41.2 de la LOTC, contra disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos internos. Y es asimismo patente que los motivos de amparo han de consistir siempre en lesiones de los derechos fundamentales y libertades públicas enunciados en los artículos 14 a 30 de la Constitución [arts. 53.2 y 161.1.b), de la Constitución y Título III de la LOTC], con exclusión, por tanto, de las eventuales vulneraciones del Derecho comunitario, cuyas normas, además de contar con específicos medios de

³⁶ CASCAJO, J. L. y GIMENO, V., *El recurso de amparo*. Tecnos, Madrid, 1984, p. 58.

³⁷ BREWER-CARIÁS ALLAN R., «La Constitución Europea, el derecho a la tutela judicial efectiva y la regulación del derecho de amparo» (Una aproximación desde el punto de vista del derecho constitucional iberoamericano). Ponencia presentada al VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, 2003, <http://www.us.es/cidc/Ponencias/europea/Brewer%20Carrias.pdf>

³⁸ ARAGÓN REYES, M., «25 años de justicia constitucional». Ponencia presentada al VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, 2003 <http://www.us.es/cidc/Ponencias/europea/Brewer%20Carrias.pdf>

³⁹ MUÑOZ MACHADO, S., *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad europea*. Civitas, Madrid, 1986 p. 265.

tutela, únicamente podrían llegar a tener, en su caso, el valor interpretativo que a los Tratados internacionales asigna el artículo 10.2 de la Constitución.

Consecuentemente, el único canon admisible para resolver las demandas de amparo es el del precepto constitucional que proclama el derecho o libertad cuya infracción se denuncia, siendo las normas comunitarias relativas a las materias sobre las que incide la disposición o el acto recurrido en amparo, un elemento más para verificar la consistencia o inconsistencia de aquella infracción, lo mismo que sucede con la legislación interna en las materias ajenas a la competencia de la Comunidad.

2. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL Y LA DOCTRINA DEL «ACTO CLARO»

De acuerdo con el Tratado CE (*Vid.* art. 234) el órgano jurisdiccional nacional puede solicitar al TJ que se pronuncie prejudicialmente sobre la interpretación del tratado o de los actos adoptados por las Instituciones comunitarias. Las condiciones que deben concurrir son: 1) Que se suscite ante el juez interno una cuestión relativa a la interpretación o a la apreciación de validez de una norma comunitaria; 2) Que dicha cuestión surja en un asunto «pendiente» ante el órgano judicial y 3) Que, para poder emitir su fallo, el juez nacional necesite que el Tribunal de Justicia se pronuncie al respecto con carácter previo. Una vez cumplidas estas condiciones la cuestión debe limitarse a la interpretación o a la validez de una norma comunitaria de cuya aplicación conoce el juez remitente en un caso concreto⁴⁰. Una vez resuelta la cuestión prejudicial sus resultados son obligatorios para el órgano estatal consultante que deberá resolver el conflicto a favor de la norma supranacional o interna en el sentido indicado por el Tribunal comunitario.

En principio la cuestión prejudicial debe ser planteada por el juez de modo obligatorio en derecho comunitario si así lo pide una parte en el proceso judicial nacional y si contra la sentencia que vaya a dictarse no cabe recurso, pero, aun así, si se trata de una cuestión clara, porque así haya sido resuelta por el TJ con anterioridad, o porque no quepa ninguna otra interpretación en ningún otro Estado de manera evidente, cedería dicha obligatoriedad⁴¹.

⁴⁰ Esta cuestión debe ser traducida a las demás lenguas oficiales de la Comunidad por los servicios del Tribunal de Justicia, dado que, los problemas relativos a la interpretación o a la validez del derecho comunitario revisten muy a menudo un interés general y los Estados miembros y las Instituciones comunitarias tienen derecho a formular sus observaciones. Además debe incluir los antecedentes de hecho cuyo conocimiento resulte indispensable para comprender el alcance jurídico del litigio principal, los fundamentos de derecho eventualmente aplicables, las razones que hayan conducido al juez nacional a plantear la cuestión al Tribunal de Justicia y, en su caso, las alegaciones de las partes, todo ello con objeto de que el Tribunal de Justicia pueda proporcionar una respuesta útil al órgano jurisdiccional nacional. Además, la resolución de remisión debe ir acompañada de una copia de los documentos necesarios para la adecuada comprensión del litigio, especialmente de las disposiciones nacionales aplicables. Comunicación del TJCE. Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales. Actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de las comunidades europeas, 9 de diciembre de 1996, núm. 34/96, <http://europa.eu.int/cj/es/act/act96/9634es.htm>. Respecto al conocimiento de las cuestiones prejudiciales, hasta Niza, únicamente el TJCE era competente para conocerlas, sin embargo a partir de dicho tratado se le atribuye una competencia prejudicial limitada al Tribunal de Primera Instancia, tal y como queda recogida en el apartado 3 del artículo 225 TCE que dispone que el Tribunal de Primera Instancia puede conocer de determinadas cuestiones prejudiciales en materias específicas previstas en el Estatuto.

⁴¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de octubre de 1982, en el asunto CILFIT).

Una de las principales trabas para el particular es que no es siempre obligatorio para el juez o tribunal el plantear la cuestión prejudicial. El artículo 234 TCE sólo obliga a su planteamiento cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno un juez nacional. Por el contrario tiene carácter facultativo cuando, ante una duda sobre la interpretación del derecho comunitario, estima necesaria una decisión prejudicial del TJCE al respecto para poder emitir su fallo. Por otra parte, la obligación de plantear la cuestión prejudicial desaparece cuando la cuestión planteada fuere materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión en caso análogo SSTJCE de 27 de marzo de 1963, asuntos *Da Costa y acumulados* [28 a 30/62]; y de 19 de noviembre de 1991, asunto *Franovich y Bonifaci* [c-6 y 9/90], o cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario se imponga con tal evidencia que no deje ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión. (STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto *Cilfit*).

Esta situación plantea una cierta incertidumbre dado que, en caso de que un juez interpretara el Derecho comunitario de una manera diferente a como se hizo por otros Tribunales y no planteara una cuestión prejudicial, no podría acudir al Tribunal constitucional por considerarse que la recta aplicación del derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es una cuestión de carácter infraconstitucional⁴².

La problemática se suscita cuando el Juez o Tribunal estima que no alberga dudas sobre la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho comunitario o sobre su aplicación en relación con los hechos enjuiciables, en este caso no existe una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva⁴³. Sentado este principio y que la decisión de no plantear la cuestión prejudicial (ni tampoco la cuestión de inconstitucionalidad del art. 163 CE) no implica *per se* la lesión del artículo 24 CE. Ahora bien, en determinados supuestos, esa falta de planteamiento puede llevar aparejada la lesión del derecho fundamental porque no cabiendo formular recurso de amparo ante el TC frente a normas o actos de las instituciones de la comunidad sino sólo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 41.2. LOTC, contra las disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos internos, este Tribunal puede revisar la valoración judicial de la posible contradicción entre el Derecho comunitario y el interno cuando la misma haya implicado lesión de los derechos fundamentales con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución» [(STC 64/1991, de 22 de marzo, F. 4.a)].

Por otra parte, la negativa a plantear la cuestión prejudicial puede suponer inaplicación de los principios estructurales de la Unión europea, en particular el de primacía. Así, si el juez no alberga dudas sobre la interpretación que haya de darse a una norma comunitaria o sobre su aplicación en relación con los hechos del litigio y no plantea la cuestión prejudicial. ¿Podría poner ello en peligro el derecho a la tutela

⁴² Porque, «a semejanza de lo que acontece en las cuestiones de inconstitucionalidad (SSTC 17/1981 [RTC 1981, 17] , 133/1987 [RTC 1987, 133] , 119/1991 y 111/1993), la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde, de forma exclusiva e irreversible, al órgano judicial que resuelve el litigio» (SSTC 180/1993, de 31 de mayo [RTC 1993, 180] , F. 2; 201/1996, de 9 de diciembre [RTC 1996, 201] , F. 2; y 203/1996, de 9 de diciembre [RTC 1996, 203] , F. 2).

⁴³ STC 201/1996, de 9 de diciembre, F. 2, STC 111/1993, de 25 de marzo, F. 2, STC 203/1996, de 9 de diciembre, F. 2. y ATC 296/1993 de 4 de octubre. F. 2).

judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE? Las SSTC 2001/1996 de 9 de diciembre (FJ. 2), 203/1996, de 9 de diciembre (FJ. 2) y ATC 296/1993 de 4 de octubre (F. 2) se pronuncian en el sentido de que tal vulneración, en principio, no se produce. Sin embargo, en determinados supuestos, la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial al TJ podría suponer la lesión al referido derecho fundamental.

La obligatoriedad para el juez que se pronuncia en última instancia de recurrir al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas enlaza con el derecho al juez predeterminedo por la ley, recogido en el artículo 24.2 CE y en el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950. Estas repercusiones sobre el derecho a la tutela judicial efectiva puede determinar ciertas consecuencias en el orden interno. Para Ruiz Jarabo cuando un tribunal español imponga una interpretación determinada del derecho comunitario, reconociendo expresamente la posibilidad de un entendimiento diferente de la norma de que se trate, habrá sobrepasado su competencia, tal y como aparecen definidos en el mencionado artículo 177, lo que ha de considerarse como una infracción del derecho al juez legal, proclamado en el artículo 24.2 de la Constitución de 1978⁴⁴. La STC 58/2004, de 19 de abril, recoge también la necesidad de plantear la cuestión prejudicial cuando se trata de inaplicar una ley contraria al derecho comunitario como una de las garantías comprendida en el derecho al proceso debido frente a inaplicaciones judiciales arbitrarias o insuficientemente fundadas. En este asunto, era insoslayable, para aplicar la disposición de la ley al caso concreto, por su posible inconstitucionalidad o posible contradicción con el derecho comunitario, la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad o cuestión prejudicial sin las cuales las normas legales no podrían ser, de ninguna manera, inaplicadas o preteridas.

En las sentencias TC 64/1991, de 22 de marzo [FJ 4.a) y 58/2004, de 19 de abril (FJ 11) el Tribunal afirma que puede revisar la valoración judicial de la posible contradicción entre el Derecho comunitario y el interno cuando la misma haya implicado la lesión de alguno de los derechos fundamentales y libertades públicas porque en la medida «en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho Comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución». Así, por un lado, el judicial nacional debe inaplicar directamente una norma de Derecho interno incluso las que tienen rango de Ley, cuando considere que es contraria a los derechos fundamentales europeos y por otro, en esta sentencia (58/2004), el TC admite que se inapliquen normas con rango de Ley pero condiciona esa posibilidad a que ese órgano eleve una cuestión prejudicial al TJ, configurándose, como se indica en la STSJ Castilla León⁴⁵, como una segunda cuestión de inconstitucionalidad, configuración que no corresponde a la del derecho comunitario.

Algunos tribunales nacionales, sin referirnos en este caso específicamente al caso español, se han negado a plantear la cuestión prejudicial aduciendo la doctrina del «acto claro» según la cual es necesario que concurra una dificultad real, que por su naturaleza pueda hacer surgir una duda en un espíritu ilustrado, para que el órgano

⁴⁴ RUIZ-JARABO COLOMER, D., «El juez nacional como Juez comunitario». *Cuadernos de Estudios Europeos*, Civitas, 1993, p. 94

⁴⁵ AS 2007\2470

nacional que decide en última instancia se pueda considerar obligado a suscitar la pregunta prejudicial⁴⁶.

El término «acto claro» surgió en una antigua sentencia de la Cour de Cassation francesa de 13 de mayo de 1824 que decía expresamente que «si el acto controvertido no ofrece a los jueces equívoco ni oscuridad ni duda sobre los hechos que declara y los derechos que atribuye, deben retener la causa y juzgarla». La teoría nació en relación con el reparto de poderes entre el ejecutivo y el judicial, para la interpretación y aplicación de los tratados internacionales en Francia dado que la interpretación se confiaba al ejecutivo. Con el fin de limitar el poder del ejecutivo los tribunales desarrollaron la teoría del acto claro reservándose el control de la existencia o no de verdaderas dificultades de interpretación y un amplio poder de apreciación. Algunos órganos supremos de los Estados miembros han aplicado esta doctrina a la interpretación del derecho comunitario por lo que el TJCE se ha pronunciado en sentencia Cilfit de 6 de octubre de 1982⁴⁷, en la que se indica que «la correcta aplicación del derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la manera de resolver la cuestión planteada» si bien «antes de llegar a tal conclusión, el órgano jurisdiccional debe estar convencido de que la misma evidencia se imponía igualmente a los órganos jurisdiccionales de los otros Estados miembros y al Tribunal de Justicia, de forma que sólo si se cumplen estos requisitos, el órgano nacional podrá abstenerse de someter la cuestión al Tribunal y resolverla bajo su propia responsabilidad». Estos requisitos presuponen que todos los jueces son auténticos políglotas y que las resoluciones de los tribunales de otros Estados miembros son fácilmente asequibles, lo cual es ilusorio e impracticable⁴⁸.

En nuestro país algunas sentencias del TS han seguido la doctrina del acto claro y ha dado efectividad a varios preceptos de derecho comunitario, sin consultar sobre su sentido y alcance al Tribunal de Justicia. Son las STS, sala Tercera, de 14 de abril de 1989 y STS de 27 de marzo de 1990⁴⁹.

3. SUSPENSIÓN DE ACTOS COMUNITARIOS EN LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES COMO INHERENTE A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Los jueces nacionales carecen de competencia para declarar por sí mismos la invalidez de los actos comunitarios pues sólo al Tribunal de Justicia compete el control de la legalidad de los actos de las instituciones⁵⁰. Tal como subrayó el TJ en sentencia

⁴⁶ RUIZ-JARABO COLOMER, D., «El juez nacional como juez comunitario.» *Cuadernos de Estudios Europeos*, Civitas, 1993 p. 83

⁴⁷ As. 283/81 Rec. p. 3415)

⁴⁸ ALONSO GARCÍA, R., *Derecho Comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*. Civitas, Madrid, 1989 p. 181 citado por RUIZ-JARABO COLOMER, D., «El juez nacional como juez comunitario». *Cuadernos de Estudios Europeos*, Civitas, 1993 p. 84

⁴⁹ Vid. <http://www.uv.es/cde/TEXTOS/Sentencias/61995J0072.pdf>

⁵⁰ El artículo 173 atribuye competencia exclusiva al Tribunal de Justicia para anular un acto de una institución comunitaria. Y así lo recogió el TJ en su sentencia de 23 de abril de 1986 (Partido ecologista «Los Verdes» contra Parlamento Europeo, 294/83, Rec. 1986, p. 1339 y ss.), «en sus artículos 173 y 184, por una parte, y en su artículo 177, por otra, el Tratado establece un sistema completo de tutela jurisdiccional y de procedimientos destinado a confiar al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de los actos de las instituciones».

de 13 de mayo de 1981⁵¹, las competencias reconocidas al Tribunal de Justicia por el artículo 177 TCEE (actual art. 234 TCE) tienen esencialmente por objeto garantizar una aplicación uniforme del Derecho comunitario por los órganos jurisdiccionales nacionales. Esta exigencia de uniformidad es particularmente imperiosa cuando se trata de la validez de un acto comunitario y el artículo 230.1 TCE reserva al juez comunitario la función de controlar la legalidad de los actos del Parlamento destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros.

Dicho esto, también es preciso notar que el propio TJ reconoce la posibilidad de suspender judicialmente un acto comunitario como medida cautelar hasta que el TJ pronuncie su última palabra sobre la licitud del acto. En el asunto FOTO-FROST⁵² se indica que «*cuando en un procedimiento sobre medidas provisionales concurren determinadas circunstancias, pueden imponerse excepciones a la norma según la cual los órganos jurisdiccionales nacionales no son competentes para declarar por sí mismos la invalidez de los actos comunitarios*». Aunque la sentencia no precisa los requisitos ni el contenido de esta excepción parece claro que cabría reconocer supuestos en los que sí fuera posible dicha inaplicación. Para Ruiz Jarabo, las excepciones a la regla de la competencia exclusiva del Tribunal para declarar la invalidez de los actos de las Instituciones a que hacía referencia la sentencia Foto-frost, se limitan a reconocer al juez que decide sobre medidas provisionales el poder de representarse intelectualmente dudas serias acerca de la validez de un reglamento comunitario, en el que se funda un acto administrativo de derecho interno y, en tanto se cumplan determinadas condiciones, el de paralizar los efectos jurídicos del acto, con fundamento en la constatación provisional o precaria de la invalidez de la norma comunitaria, en cuya ejecución se adoptó»⁵³.

Posteriormente en el asunto Zuckerfabrik⁵⁴ el TJ admite que el párrafo 2 del artículo 189 del Tratado CEE (actual 249-2 TCE) debe interpretarse en un sentido de que el alcance general de los reglamentos no excluye en modo alguno, el poder de los órganos jurisdiccionales nacionales para suspender, en el marco de la protección jurisdiccional provisional o cautelar, los efectos de un acto administrativo interno adoptado en cumplimiento de un reglamento comunitario, en tanto se decide sobre el litigio principal. Ello es así porque las medidas cautelares constituyen un medio imprescindible para la tutela judicial efectiva. Así pues, la cuestión prejudicial es al igual que el recurso de anulación (que veremos en el apdo. 2 de este trabajo), una modalidad de control de la legalidad de los actos comunitarios y en el marco de este recurso cabe la suspensión del acto impugnado, por lo cual, y aplicando una necesaria coherencia del sistema de protección provisional el juez nacional puede acordar, igualmente, la suspensión de un acto administrativo interno cuya legalidad se cuestiona en la cuestión prejudicial.

Respecto a las condiciones que han de acompañar a dicha suspensión, la referida sentencia señala: Primeramente, la existencia de «dudas serias» es decir no una mera apariencia sino casi la evidencia de que el TJ, con los criterios que normalmente em-

⁵¹ STJCE International Chemical Corporation, 66/80, Rec. 1981, p. 1191

⁵² Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 1987. foto-frost contra hauptzollamt luebeck-ost. petición de decisión prejudicial planteada por el finanzgericht hamburg. En este asunto le plantean al TJ si puede el Juez nacional examinar la validez de una Decisión adoptada por la Comisión con arreglo al artículo 6 del Reglamento (CEE) núm. 1573/80 de la Comisión, de 20 de junio de 1980 (DO L 161, p. 1), en lo que se refiere a la abstención de recaudar a posteriori los derechos de importación según el apartado 2 del artículo 5 del Reglamento (CEE) núm. 1697/79 del Consejo, de 24 de julio de 1979, nºúm. 1697, que declara injustificada dicha abstención.

⁵³ RUIZ-JARABO COLOMER, D., «El juez nacional como Juez comunitario». *Cuadernos de Estudios Europeos*, Civitas, 1993, p. 122.

⁵⁴ STJCE de 21 de febrero de 1991, asunto Zuckerfabrik.

plea para determinar la validez de los actos comunitarios, se pronunciaría a favor de la invalidez de la norma y, seguidamente, que la suspensión conserve el carácter provisional hasta que el TJ resuelva la cuestión de apreciación de validez, lo cual exige del órgano judicial interno que plantee inmediatamente la cuestión prejudicial. Posteriormente, en la Sentencia Atlanta, se da un paso más al considerar que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros pueden acordar medidas cautelares positivas, además de las meras suspensiones, contra los actos nacionales dictados en aplicación de reglamentos comunitarios, siempre cumpliendo condiciones parejas a las ya expuestas en la sentencia Zuckerfabrik, existiendo actualmente una importante doctrina jurisprudencial comunitaria sobre protección procesal provisional⁵⁵. En la jurisprudencia del TJ posterior⁵⁶ si bien reconoce que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden verse obligados a examinar la validez de un acto comunitario, no son competentes para declarar por sí mismos su invalidez pues en definitiva, «una decisión adoptada por las instituciones comunitarias que no haya sido impugnada por su destinatario adquiere firmeza frente a él⁵⁷».

Consecuentemente, esta facultad del juez nacional de suspender un acto comunitario está claramente acotada en sus requisitos los que nos lleva a negarle «un poder autónomo al juez nacional para acordar a su albur la suspensión de la ejecución de una norma comunitaria»⁵⁸.

Merece también mención el caso de la sentencia Hoechst, donde el TJ reconoce que, aunque el juez nacional no puede entrar a valorar la legalidad de las medidas ordenadas por la Comisión, cuya supervisión corresponde en exclusiva al Tribunal, sí puede velar por el respeto de las normas de Derecho nacional en la aplicación de las medidas en cuestión⁵⁹. Así, en el punto 35 de la citada sentencia, establece que «entra dentro de la competencia del órgano nacional (se refiere al tribunal) examinar, después de haber comprobado la autenticidad de la decisión de verificación, si las medidas coercitivas contempladas son arbitrarias o excesivas en relación con el objeto de verificación, así como velar por el respeto de las normas de su Derecho nacional en la aplicación de dichas medidas».

4. EL ACCESO DE LOS PARTICULARES AL TRIBUNAL DE JUSTICIA PARA LA TUTELA DE SUS DERECHOS

La legitimación de los particulares enlaza con el derecho al recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra los actos que violen sus

⁵⁵ España, donde se ha producido un desarrollo importante de los criterios más avanzados en la tutela cautelar concedida por la actividad jurisdiccional. No sólo la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha recogido esos principios, sino también algunas Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia han llegado a adoptar medidas cautelares positivas, no obstante no estar contempladas en la anterior Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y aun antes del pronunciamiento de la sentencia Atlanta. SARAZÁ JIMENA, R., «El juez nacional como juez comunitario», Dossier La Toga, Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, 2002. http://www.icas.es/vbs/files/larev_12_1.pdf

⁵⁶ Vid. en particular la STJCE Luxemburgo (Gran Sala) de 18 de julio de 2007 (TJCE 2007\195)

⁵⁷ Ídem FJ 54.

⁵⁸ SARAZÁ JIMENA, R., «El juez nacional como juez comunitario», Dossier La Toga, Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, 2002. http://www.icas.es/vbs/files/larev_12_1.pdf

⁵⁹ Sentencia comentada en LINDE PANIAGUA, *Guía práctica de Derecho de la Unión Europea*, Colex, p. 236.

derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la ley reconocido tanto en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre⁶⁰ como en el artículo 2.3.a) de la Declaración de Derechos Civiles y Políticos⁶¹. Es el derecho a un recurso efectivo que ha dado lugar en numerosos países del mundo (de América Latina y de Europa) al recurso de amparo y que es recogido en el proyecto de Constitución europea⁶². El TCE ha introducido una serie de acciones directas ejercitables por los particulares ante el juez comunitario para garantizar el respeto a sus derechos reconocidos en el Derecho Comunitario⁶³. Aunque la legitimación que puedan tener los particulares para impugnar actos de las Instituciones comunitarias es muy limitada.

No es de extrañar que una de las principales críticas del sistema comunitario de tutela de los derechos se refiere a la cuestión de la legitimación directa de los particulares para interponer recurso directo contra los actos de las instituciones comunitarias⁶⁴. Los particulares son los más interesados en la salvaguardia de sus derechos sin embargo el TJ ha negado reiteradamente a los particulares legitimación para recurrir Disposiciones Generales, permitiendo sólo el recurso de anulación contra Decisiones o actos en aplicación de las Disposiciones. La creación del TPI⁶⁵ abre la posibilidad de una interpretación más abierta del artículo 230.4 del TCE que permite, a toda persona física o jurídica, interponer recurso de anulación contra las decisiones de las que sea destinataria y contra las decisiones que, aunque revistan la forma de un reglamento o de una decisión dirigida a otra persona, le afecten directa e individualmente⁶⁶.

La principal condición que establece el artículo 230.4 TCE para la legitimación directa de los particulares en el recurso de anulación es que sea destinataria de la

⁶⁰ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

⁶¹ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado en el seno de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966.

⁶² En los países en los que se ha establecido podemos hablar de la existencia de dos derechos distintos, el derecho de toda persona al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva y el derecho de amparo, aunque entre ambos se puede establecer una relación de género a especie siendo el derecho a la tutela judicial y a la defensa el género y el derecho al amparo, a la tutela judicial efectiva individual, a disponer de un recurso efectivo ante los tribunales que las amparen de las lesiones a sus derechos fundamentales como recurso específico para la concreta protección de los derechos fundamentales, la especie. En este sentido, la Constitución española reconoce como derecho fundamental la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos y el rechazo de la indefensión (art. 24.1 CE), pero también recoge el derecho de cualquier ciudadano a recabar la tutela de las libertades públicas y los derechos fundamentales ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE).

⁶³ STJCE de 7 de julio de 1981, Rewe, 158/80, Rec. p. 1805, apartado 44 y Factorame

⁶⁴ En este sentido, FRANZ C. MAYER defiende que no tiene tanta importancia el carácter vinculante o no de la Carta de Derechos Fundamentales, sino la cuestión del recurso y el acceso de los ciudadanos a los derechos fundamentales. Esto es decisivo para la transformación hacia un sistema dominado por los derechos fundamentales («La Charte Européenne des droits fondamentaux et la Constitution Européenne». *Revista trimestral de Derecho Europeo*, junio 2003. Berlín, p. 22).

⁶⁵ Desde el punto de vista de los derechos de las personas, se creó en 1988 un Tribunal de Primera Instancia (TPI) dependiente del TJ que se ocupa fundamentalmente de las demandas presentadas por los particulares y los asuntos de competencia desleal. Creado por Decisión del Consejo de 24 de octubre de 1988. *DOCE* núm. L 319, de 25 de noviembre de 1988. Tal decisión fue modificada por la de 8 de junio de 1993, núm. 95/350/CEE, por lo que se amplía el ámbito de sus competencias. Solución adoptada a partir de una propuesta que el presidente del TJCE le hizo al Consejo el 8 de noviembre de 1991. Este Tribunal tiene, desde el Tratado de Maastricht, competencia para conocer de los recursos interpuestos por las personas físicas o jurídicas, cualquiera que sea su materia salvo las cuestiones prejudiciales. Se trata de un órgano agregado al de Justicia de la Comunidad que supone una mayor garantía para los justiciables.

⁶⁶ *Vid.* DÍAZ MORENO, F., *Manual de Derecho de la Unión Europea*, Thomson Civitas, Navarra, 2006. p. 326.

decisión o que exista una afectación directa o individual de las decisiones adoptadas por las Comunidades. La afectación directa requiere simplemente que la medida comunitaria objeto de impugnación produzca directamente efectos sobre la situación jurídica del particular bien por tener ésta un carácter automático bien por derivar de una normativa comunitaria que no requiera otras normas indirectas. La afectación individual exige, según la interpretación tradicional dada por el TJCE que la medida impugnada le afecte por sus circunstancias particulares en relación con el acto, es decir, «que la circunstancia que permita individualizar a los destinatarios del acto haya determinado de una u otra manera la intervención de la institución, constituyendo esta situación la razón misma del acto y existiendo por tanto un nexo de causalidad entre el conocimiento que tiene la institución de la situación del demandante y la medida afectada»⁶⁷. En este sentido fue recogido en las sentencias TJCE de 13 de mayo de 1971, STJCE de 5 de mayo de 1998, asunto C-386/96 *Société Louis Dreyfus* contra Comisión, p. 3.

Los tres requisitos que impone el párrafo 4 del artículo 230 TCE son la afectación directa, la afectación individual y el interés para ejercitar la acción. Como expone Díaz Crego⁶⁸, si el primer y el último no han contribuido en demasía a restringir el acceso de los particulares a la justicia comunitaria, el requisito de la afectación individual, tal y como el mismo viene siendo interpretado por el TJ desde la Sentencia Plaumann⁶⁹, ha supuesto una grave restricción del derecho a la tutela judicial efectiva. En esta sentencia se indica que una persona física o jurídica sólo puede pretender que se la considere individualmente afectada por un acto del que no es destinataria si dicho acto le afecta debido a determinadas cualidades que le son propias o a una situación de hecho que la caracteriza frente a cualquier otra persona y, en consecuencia la individualiza de manera análoga a la del destinatario. Consecuentemente el TJCE examina si los recursos presentados a título individual o colectivamente por operadores económicos a cuya actividad profesional le afecte un acto comunitario de alcance general, la situación del demandante está individualizada por el acto impugnado.

En la práctica se ha plasmado en el rechazo de numerosos recursos presentados por los operadores económicos alegando falta de legitimación activa, evitándose así una multiplicación de recursos individuales⁷⁰. Por ello, en principio, no hay un «recurso de amparo» comunitario abierto a los individuos y sociedades.

Posicionamientos diversos parecen encontrar alternativas a la interpretación estricta del TJ. A este respecto sobresale la postura divergente que el Tribunal de Primera Instancia ha mantenido en sentencias como *Jeró I*⁷¹ y que algunos abogados generales han seguido⁷² y el propio TJCE ha reconocido el problema que ello puede suponer

⁶⁷ CORTÉS MARTÍN, J. M., «Afectación individual (230.4 CE): ¿un obstáculo infranqueable para la admisibilidad del recurso de anulación de los particulares?». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 16, 2003 p. 1124.

⁶⁸ DÍAZ CREGO, M., «Los derechos fundamentales en la Unión Europea: de la Carta a la Constitución». Universidad Complutense de Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Curso 2002-2003. <http://www.cepc.es/DerfundUE.pdf>

⁶⁹ STJCE de 15 de julio de 1963, asunto Plaumann c. Comisión, 25/62, Rec. pp. 197 y ss. En idéntico sentido ver: STJCE de 19 de mayo de 1993, asunto Cook c. Comisión, C-198/91, Rec. p. I-2487; STJCE de 2 de abril de 1998, asunto Greenpace c. Comisión, C-321/95 P, Rec. p. I-1651].

⁷⁰ Ver entre otros el caso UPA, as. C-50/2000, 25-VII-02, pp. 41 y 42

⁷¹ *Jégo-Quéré* of 3 May 2002 case T-177/01

⁷² Conclusiones del abogado general en el Asunto Unión de Pequeños Agricultores contra el Consejo de 25 de julio de 2002 caso C-50/00. Véanse los comentarios de RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, A., En el horizonte de la tutela judicial efectiva, el TJCE supera la interpretación restrictiva de la legitimación activa mediante el uso de la cuestión prejudicial y la excepción de ilegalidad. Documento de trabajo núm. 5, 2004, Instituto de Estudios Europeos. Uni-

en el asunto de 23 de abril de 1986, Partido ecologista «Los Verdes» contra «Parlamento Europeo, asunto 294/83»⁷³. Finalmente en el TJ, en el asunto Omega Air⁷⁴, parece permitir el planteamiento de una cuestión prejudicial sobre la base de la ilegalidad de un reglamento, aunque ello no es acogido favorablemente por un sector de la doctrina⁷⁵.

En este apartado estudiaremos las posturas más aperturistas seguidas por el TPI y los Abogados Generales y su posible acogida por el TJCE.

En el asunto de la Unión de Pequeños Agricultores contra el Consejo de la Unión Europea, Abogado General Sr. F. G. Jacobs introduce una evolución notable de la jurisprudencia del TJCE relativa al acceso a los particulares a las instancias jurisdiccionales comunitarias. La evolución jurisprudencial contemplada por el Abogado general fue posteriormente acogida por el TPI en la sentencia Jégo-Quère⁷⁶.

El asunto de la Unión de Pequeños Agricultores contra el Consejo de la Unión Europea se plantea en casación contra un auto del TPI⁷⁷ que inadmitió el recurso de anulación contra el Reglamento núm. 1638/98, por el que se modificaba la organización común de mercados del aceite de oliva⁷⁸. El Abogado General Jacobs planteó que una interpretación tradicional del requisito de afectación individual suponía una restricción de la tutela judicial efectiva, que es un principio general de derecho comunitario y está recogido en el artículo 47 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión frente a lo que propondrá un cambio en la jurisprudencia de la Corte instando al TJCE a abandonar la interpretación restrictiva del artículo 230.4 TCE.

Por su parte en la sentencia Jégo-Quère, el TPI retoma las conclusiones del Abogado General Jacobs y modifica la jurisprudencia sobre el acceso de los particulares al juez comunitario al considerar que la inadmisión del «recurso de anulación privaría a la comercial Jégo-Quère de cualquier posibilidad de acción para defender sus derechos en vía jurisdiccional, puesto que ninguno de los medios jurisdiccionales alternativos ofrecidos por el Derecho comunitario, véase la acción de indemnización por responsabilidad extracontractual de la Comunidad o el planteamiento de una cuestión prejudicial de apreciación de validez en el marco de un proceso desarrollado ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, aporta, en un caso como el presente, una solución satisfactoria para los intereses del justiciable».

Sin embargo ambas interpretaciones no fueron consolidadas por el TJCE. El Tribunal en el caso UPA⁷⁹ si bien afirma que los particulares deben disfrutar de una

versidad San Pablo-CEU, Madrid.; CREUS, A., «Puertas abiertas: la legitimación activa de los particulares en la jurisdicción comunitaria». *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 2002, núm. 219, pp. 3-9, RAGOLLE, F., «Access to justice for private applicants in the Community legal order: recent @evolutions», *European Law Review*, vol. 28, nú. 1, February, 2003, pp. 90-101.

⁷³ STJCE Luxemburgo (Pleno) de 23 abril 1986.

⁷⁴ STJCE de 12 de marzo de 2002, asuntos acumulados 27 y 122/00 Omega Air, Rec. p. 2569.

⁷⁵ CORTÉS MARTÍN, J. M., «Afectación individual (230.4 CE): ¿Un obstáculo infranqueable para la admisibilidad del recurso de anulación de los particulares?». *RDCE*, núm. 16, septiembre/diciembre 2003, pp. 1119-1173.

⁷⁶ STPI de 3 de mayo de 2002, sentencia Jeró-Quère et Cie SA c. Comisión, T-177/01.

⁷⁷ Auto de 23 de noviembre de 1999, asunto Unión de Pequeños Agricultores c. Consejo, T-173/98, Rec. p. II-3357.

⁷⁸ Reglamento del Consejo de 20 de julio de 1998, que modifica el Reglamento núm. 136/66/CEE, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de las materias grasas.

⁷⁹ STJCE de 25 de julio de 2002, asunto Unión de Pequeños Agricultores c. Consejo, C-50/00 P, Rec. p.I-6677. Sobre esta sentencia leer: Gilliaux pascal, *L'arrêt Unión de Pequeños Agricultores: entre subsidiarité jurisdictionnelle et effectivité*, *Cahiers de Droit européen*, 2003, núm. 1-2, pp. 177-202.

tutela judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario, según el sistema de control de legalidad establecido por el Tratado, una persona física o jurídica únicamente puede interponer un recurso contra un reglamento si resulta afectada no sólo directamente, sino también individualmente (F 44). La Sentencia reconoce que si bien los particulares deben poder disfrutar de una tutela judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento comunitario, ha de acudir al sistema de recursos y procedimientos instituido por el Tratado CE (se refiere concretamente a los arts. 173 y 184 –actual 241– y 177) a través de los cuales los particulares pueden invocar la invalidez de tales actos bien de manera incidental ante el juez comunitario bien ante los órganos jurisdiccionales nacionales, instando a dichos órganos –que no son competentes para declarar por sí mismos la invalidez de esos actos– a que soliciten el pronunciamiento el TJ sobre este extremo por medio de la cuestión prejudicial y compele a los Estados miembros a prever el sistema de vías de recurso y procedimientos que permita asegurarlo.

Algunos autores se han planteado por qué el TJCE no ha modificado su doctrina siendo consciente de que los requisitos de legitimación de los particulares ya no eran aceptables sobre todo si tenemos en cuenta que nada le impedía al Tribunal adoptar dicha solución. El Tribunal puede estar esperando que sean los Estados miembros los que reaccionen pues hacerlo él directamente, mediante un cambio de interpretación, podría provocar una modificación de la actividad jurídica de los particulares frente al Tribunal de Justicia que debería preverse mediante la correspondiente modificación de su estructura organizativa⁸⁰. En definitiva la ampliación de la legitimación activa de los particulares no corresponde a los órganos jurisdiccionales sino a los Estados miembros y debe realizarse mediante la reforma de los Tratados.

En el proyecto de Tratado de una Constitución para Europa⁸¹ se recogen estas inquietudes y se dispone un nuevo artículo 266.4 en el cual se modifican los requisitos al disponerse que la legitimación de los particulares le corresponderá cuando sea destinataria o cuando le afecten directa o individualmente.

Así pues, el recurso al TJ mediante la cuestión prejudicial, ha sido admitido como vehículo indirecto de tutela de los particulares en diversas sentencias. En la Sentencia *British American Tobacco*⁸² se abordó esta cuestión dado que la cuestión prejudicial iba dirigida a impugnar la validez de una Directiva en un litigio suscitado ante un órgano jurisdiccional nacional antes de que finalizara el plazo previsto para la adaptación del Derecho nacional a dicha directiva y sin que se hubieran todavía adoptado en el mismo las medidas de adaptación; el TJ citando la sentencia UPA, admite la cuestión prejudicial basándose en que los particulares que no puedan invocar la invalidez de los actos por la vía del artículo 230.4 TCE, «tienen la posibilidad, según los casos, de invocar la invalidez de tales actos bien de manera incidental ante el juez comunitario, vía artículo 241 CE, bien ante los órganos jurisdiccionales nacionales, e instar a estos órganos, que no son competentes para declarar por sí mismos la invalidez de tales actos, a que soliciten un pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre ese

⁸⁰ RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, A., En el horizonte de la tutela judicial efectiva, el TJCE supera la interpretación restrictiva de la legitimación activa mediante el uso de la cuestión prejudicial y la excepción de ilegalidad», o.c., p.16.

⁸¹ Proyecto de Tratado, adoptado por la Convención Europea los días 13 de junio y 10 de julio de 2003.

⁸² STJCE de 10 de diciembre de 2002, asunto C-491/01, *The Queen v secretary of State for Health*. Ver comentarios de ALEMANNI, A., «¿Novedades en la jurisprudencia referente a la base jurídica de las normativas comunitarias?: La Sentencia *British American Tobacco*». *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 2003, núm. 226, pp. 38-48.

extremo por medio de la cuestión prejudicial» (Parágrafo 39). De esta forma podemos decir que la cuestión prejudicial es, de hecho, el instrumento de garantía de control de los actos de las instituciones comunitarias siempre que los particulares dispongan en cada Estado miembro de las vías procesales adecuadas para recurrir a este tipo de control⁸³.

3. CONCLUSIONES

Primera

El TJ ha centrado perfectamente su función en materia de protección de los derechos fundamentales, pues si bien reconoce que no tiene como función específica la regulación de los mismos, sí asegura que en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario los derechos fundamentales sean respetados y se ha constituido él mismo en su garante. Al dotar de un sistema de aplicación específicamente comunitario de los derechos fundamentales, bien remitiéndose a las tradiciones constitucionales comunes a los derechos nacionales, al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales o a la Carta de Derechos de la Unión Europea, ello afecta a la función del juez nacional que aplica el derecho comunitario y al derecho a la tutela judicial efectiva. Dada la particularidad del sistema jurisdiccional comunitario, son los jueces y tribunales internos de los Estados miembros quienes lleven a cabo esta misma función cuando se trate de interpretación y aplicación del Derecho Comunitario. La obligatoriedad para el juez que se pronuncia en última instancia de recurrir al TJ enlaza con el derecho al juez predeterminado por la ley, recogido en el artículo 24.2 CE y en el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950. Estas repercusiones sobre el derecho a la tutela judicial efectiva pueden determinar ciertas consecuencias en el orden interno. Por ejemplo, cuando un tribunal español imponga una interpretación determinada del derecho comunitario, reconociendo expresamente la posibilidad de un entendimiento diferente de la norma de que se trate, estará sobrepasando su competencia, y, como señala la doctrina, ello ha de considerarse como una infracción del derecho al juez legal, proclamado en el artículo 24.2 CE.

Segunda

Otra cuestión que ofrece incertidumbres de cara al respeto a los derechos de la persona sería en qué medida el juez nacional está obligado a plantear la cuestión prejudicial cuando se trata de inaplicar una ley contraria al derecho comunitario. Esta

⁸³ RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, A., En el horizonte de la tutela judicial efectiva, el TJCE supera la interpretación restrictiva de la legitimación activa mediante el uso de la cuestión prejudicial y la excepción de ilegalidad», o.c., p.16.

obligatoriedad es, en definitiva, una de las garantías comprendidas en el derecho al proceso debido frente a inaplicaciones judiciales arbitrarias o insuficientemente fundadas. EL TC ha reconocido en aquellos casos en que el juez se encuentra con la posible inconstitucionalidad o posible contradicción con el derecho comunitario, tal opción es insoslayable, antes de aplicar la disposición al caso concreto. Y sin el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad o cuestión prejudicial las normas legales no podrían ser, de ninguna manera, inaplicadas o preteridas. Esta doctrina puede ser diferente al planteamiento comunitario

Tercera

Por otra parte, y sentado el principio de efecto directo del derecho comunitario que permite conferir a los particulares derechos invocables ante las jurisdicciones cuando el derecho esté expresado de forma clara y precisa, es necesario reconocerle a los particulares el acceso a un recurso claro. Sin embargo, parece que la invocabilidad por los particulares de sus derechos encuentra un freno en las reglas procesales existentes y que las rutas para poder ejercitar el recurso individual ante el TJCE tal y como están dispuestas, y como indica la doctrina, no aseguran todavía la eficacia de los derechos y su justiciabilidad, sobre todo si tenemos en cuenta la interpretación estricta que el TJ ha dado a las condiciones por las cuales los particulares pueden tener acceso directo al juez comunitario.

Cuarta

Ante estas incertidumbres se hace preciso un análisis de la coherencia de los instrumentos de que se ha dotado al juez nacional para dirimir las dudas e incertidumbres sobre el contenido de los derechos fundamentales y los instrumentos procesales y técnicos que permiten la coordinación de los ordenamientos comunitario-nacional, como la inaplicación del derecho interno por contravenir el derecho comunitario, la invalidez de las normas internas posteriores o la interpretación del derecho interno de la manera que sea más favorable a la aplicación del derecho comunitario, así como los recursos ante el Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales. En particular, se hace necesario acompañar a los instrumentos de coordinación de un reequilibrio orgánico en la medida en que existe un sistema distinto del nacional de tutela de los derechos fundamentales.