UNIVERSIDAD POMPEU FABRA
Facultad de Derecho

LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LAS SENTENCIAS PREJUDICIALES INTERPRETATIVAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y SU APLICACIÓN JUDICIAL EN LOS ESTADOS MIEMBROS

Tesis presentada para obtener el título de Doctor en Derecho por
Manuel CIENFUEGOS MATEO

Barcelona, julio de 1995
(11 de 21)

4.2.4. Alternativas de futuro

El tema de eventuales reformas del proceso prejudicial para asegurar un cumplimiento efectivo de las sentencias prejudiciales ha sido ocasionalmente estudiado por la doctrina, si bien más en relación con el incumplimiento de la obligación de plantear cuestión prejudicial que respecto de la falta de adecuación del fallo del proceso interno a la sentencia prejudicial interpretativa, pero la aplicación por analogía de tales reflexiones es incuestionable, por lo que conviene recordarlas.

Respecto del Derecho comunitario, se ha indicado que podrían resultar de interés ciertas modificaciones en su seno para proporcionar a los particulares afectados algún recurso ante el Tribunal de Justicia frente a las infracciones patentes de esta obligación([494]). Una punta de lanza en este sentido son las sugerencias del Tribunal de Justicia sobre la Unión Europea, abogando porque se prevea en favor de los particulares "una garantía apropiada", ofreciendo -sin concretar preferencias- una doble posibilidad: "sea un recurso ante el Tribunal de Justicia de las partes del asunto principal, sea un procedimiento obligatorio de incumplimiento"([495]). Pero han sido generalmente criticadas, entendiendo que ninguno de estos dos remedios aportaría una solución válida([496]). El recurso de apelación de las partes ante la jurisdicción comunitaria cuando las jurisdicciones nacionales hayan fallado el caso aplicando mal las sentencias prejudiciales interpretativas y, más en general, la jurisprudencia existente sin plantear cuestión prejudicial([497]), es incompatible con la idea básica de que el proceso prejudicial es un diálogo judicial, llevado a cabo por iniciativa de las jurisdicciones internas y en cuyo seno las partes tienen un rol restringido. Aunque se le puede objetar que podría ponerse un filtro a este derecho de apelación (tal como un "leave to appeal" discrecional para el Tribunal de Justicia, o incluso para la propia jurisdicción

---

([494]) Inspirándose en el artículo 25 del Convenio Europeo de Derechos del Hombre, L. GOFFIN ("Quelles sont les juridictions belges qui sont tenues au renvoi préjudiciel devant la Cour de justice", J.T., 1968, pp. 541 ss) y R. L. WOODWORT ("The Request for Preliminary Rulings", Syracuse Law Review, 1967, pp. 602 ss) apuntaron que, cada vez que una jurisdicción nacional rehúsase plantear cuestiones prejudiciales en litigios donde hubieran de aplicarse disposiciones comunitarias, habría que conceder una vía de recurso para los particulares ante el Tribunal de Justicia.

([495]) TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS CE, "Suggestions sur l'Union européenne", Bull. CE, 9/75, supl., p. 18. Añadió una tercera posibilidad de solución, en este caso en el derecho interno: una acción en reparación contra el Estado concernido por demanda de la parte lesionada.

([496]) Vid., entre otros, KOVAR, R., "Les Etats membres et la compétence de la Cour", op. cit., pp. 39-42; SCHWARZE, J., The Role of the European Court of Justice (ECJ) in the Interpretation of Uniform Law..., op. cit., p. 24; TOTH, A. G., "Observations on Certain Problems Involved in the Application of Article 177 EEC", op. cit., pp. 398-400.

([497]) La misma sugerencia ha sido planteada por otra vía, sosteniendo la concesión de legitimación de las partes para promover directamente una cuestión prejudicial: vid., entre ellos, HAY, P., "Une approche politique...", op. cit., p. 515; KOVAR, R., "Voies de recours ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit comunautaire", op. cit., p. 293; y parece que también G. BEBR, "Examen en validité au titre de l'article 177 TCEE et cohésion juridique de la Communauté", C.D.E., 1975-2, p. 419.

nacional), pues se trataría no de afectar a su substancia sino de evitar las patologías en su funcionamiento, lo cierto es que este eventual recurso de apelación tendría un potencial distorsionador importante de las relaciones de cooperación entre las jurisdicciones involucradas([498]). El recurso obligatorio de incumplimiento presenta los inconvenientes señalados con ocasión de su examen ya que, incluso de llegar a constatarse la infracción estatal en razón del comportamiento de sus jurisdicciones, la intervención estatal (probablemente, del ejecutivo) en la administración de justicia podría verse como una injerencia intolerable y no sería una solución realmente eficaz para satisfacer al particular afectado en muchos casos, por ejemplo, si a resultas de la omisión de remisión prejudicial hubiera sido encarcelado([499]). Cabe añadir que esta solución tropezaría con el problema material de la falta de medios del Tribunal de Justicia para hacer frente a la avalancha de recursos que, previsiblemente, serían interpuestos ante él.

Otros autores han abogado por introducir una especie de recurso en interés de la ley ante el Tribunal de Justicia para los casos de omisión de la remisión prejudicial si el fallo del asunto principal no se ajusta bien a la jurisprudencia comunitaria, y respecto del que tendrían legitimación las partes del proceso o los Abogados Generales, e incluso los Ministerios Públicos, la Comisión de las Comunidades y los Estados miembros)([500]). No sería mala solución implantar esta solución, que está inspirada claramente en el recurso de casación en interés de la ley que existe en la mayoría de los Estados miembros([501]), para impugnar

---

([498]) Tanto es así que, en fechas más recientes, el a la sazón Presidente del Tribunal de Justicia, Lord A. J. McKENZIE STUART, advirtió que ninguna clase de recurso de apelación contra las sentencias de una jurisdicción suprema debería preverse, pues crearía una jerarquía que podría frustrar la cooperación judicial ("Suggestions of the Court of Justice for the Role of the Representatives of the Governments, the Commission and the Council", en Article 177 EEC. Experiences and Problems, op. cit., p. 337).

([499]) Aunque no se refieren al supuesto de incumplimiento de la jurisprudencia comunitaria y/o de la obligación de plantear cuestiones prejudiciales, algunos autores se preguntan hasta qué punto no sería más util que un recurso obligatorio de incumplimiento el permitir a la Comisión entablar acciones ante los propios tribunales internos para garantizar el respeto del Derecho comunitario (JACQUE, J.-P. y WEILER, J. H., "Sur la voie dé l'Union européenne. Une question à l'ordre du jour de la Conférence intergouvernamentale", op. cit., p. 451). El principio de subsidiariedad aconseja el recurso preferente a dichos medios nacionales, especialmente si se tiene en cuenta que el recurso a la vía nacional podría resultar más eficaz en estos casos, pues los ordenamientos jurídicos internos conocen mecanismos más depurados para asegurar el respeto de las obligaciones comunitarias y el procedimiento del artículo 169 es excesivamente largo e ineficaz para acatar a tiempo tales incumplimientos. Ahora bien, dado que el artículo 211 del Tratado C.E. atribuye a la Comisión la representación de la Comunidad en los órdenes jurídicos internos y que el artículo 155 le confía la defensa del interés comunitario, no se ve con claridad hasta qué punto haría falta una tal habilitación interna para litigar ante las jurisdicciones nacionales, pues con base en estos preceptos comunitarios puede sostenerse su legitimación.

([500]) Vid., entre otros, GORI, P., "L'avocat général à la Cour de justice", op. cit., p. 389; MERCHIERS, M., "Rapport fait au nom...", op. cit., p. 25; SCHERMERS, H. G. y WAELBROECK, D., Judicial Protection..., op. cit., p. 375; VANDERSANDEN, G., ""Le rôle de la Cour de justice dans l'intégration européenne", op. cit., p. 517.

([501]) Debe también resaltarse que, en los Protocolos sobre la interpretación del Tribunal de Justicia de las Convenciones de Bruselas de 29 de febrero de 1968, relativas al reconocimiento mutuo de las sociedades y personas jurídicas y a la competencia judicial y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil (Protocolos de 3 de junio de 1971, J.O.C.E. nº L 204, de 2 de agosto de 1975, pp. 28 ss), y de la Convención de Roma, de 19 de junio de 1980, relativa a la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Protocolos de 19 de diciembre de 1988, D.O.C.E. nº L 48, de 20 de febrero de 1989, pp. 1 ss), se autoriza a ciertas autoridades públicas (en el caso español, al Fiscal Jefe del Tribunal Supremo) a recurrir

una decisión judicial nacional con fuerza de cosa juzgada que fuera presuntamente incompatible con el Derecho comunitario. Pero supondría introducir una especie de subordinación jerárquica en las relaciones de cooperación del Tribunal de Justicia y las jurisdicciones nacionales que, si bien es más atenuada que en los casos anteriores, tampoco es evidente su oportunidad a la vista de cómo funciona en la actualidad el incidente prejudicial. Además, no permitiría tampoco mejorar la situación de las partes frustradas por la omisión de la remisión prejudicial, pues la autoridad de la cosa juzgada no podría atacarse([502]). Sin embargo, serviría para que el Tribunal de Justicia confirmara su jurisprudencia al respecto, reafirmando la autoridad del precedente interpretativo para el futuro. Por estos motivos, cabe lamentar que, con ocasión del Tratado de Maastricht, no se haya aprovechado la discusión para discutir el tema, habiéndose optado por lo que no era discutido: reforma menor del texto del artículo 177 del Tratado C.E. para incluir los actos del Banco Central Europeo dentro de las disposiciones cuya interpretación y apreciación de validez puede someterse al Tribunal de Justicia([503]). Quizá la fecha de 1996 sea una buena ocasión para entablar esta discusión.

En fin, se ha sostenido la institucionalización del Tribunal de Justicia como juez de conflictos para resolver todos los conflictos, positivos y negativos, de competencia que, en relación con el Derecho comunitario, pudieran suscitarse en los supuestos en que una autoridad comunitaria y el juez nacional tuviesen opiniones contrarias sobre una cuestión relativa a la interpretación y o aplicación de este orden jurídico para la solución del juicio([504]). En cuanto le son de aplicación las reflexiones precedentes, no vale la pena

---

al Tribunal de Justicia respecto de toda incompatibilidad que pueda existir entre una resolución judicial nacional y una decisión judicial nacional o una decisión prejudicial del Tribunal de Justicia, en el marco de una especie de recurso de casación en interés de la interpretación correcta de la Convención. Para un examen y valoración de este precepto, vid. JEANTET, F.-Ch., "Un droit européen des conflits de compétence judiciaire et d'exécution des décisions en matière civile et mercantile", C.D.E., 1972-2, pp. 375 ss; POCAR, F., "Il Protocollo sull' interpretazione uniforme della Convenzione di Bruxelles sulla competenza guirisdizionale e l'esecuzione della sentenze", Riv.Dir.I.Priv.Proc., 1978, pp. 281 ss; VIRGOS SORIANO, M., "La interpretación del Convenio de Roma de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", Noticias/CEE, nº 61, 1990, pp. 92 ss.

([502]) En un tono más crítico J. L. ROPERS señala que no marcaría ningún progreso importante respecto de los artículos 169 a 171 del Tratado de Roma sino que, al contrario, sería más bien un retroceso, porque la decisión del Tribunal de Justicia no comportaría la obligación de adoptar las medidas que conllevase la ejecución de la sentencia ("Des conflits entre la Cour de justice des Communautés européennes et juridictions nationales", op. cit., p. 1626).

([503]) En otro orden de cosas, cabe señalar que el sistema de intercambio de informaciones previsto por el Protocolo nº 2 del Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988, relativo a la competencia judicial y ejecución de decisiones judiciales en materia civil y mercantil (D.O.C.E. nº L 319, pp. 31 ss), puede resultar útil para asegurar la uniformidad de la interpretación y, a pesar de que no responde específicamente a la idea de asegurar el cumplimiento de la obligación de remisión prejudicial, podría ser una solución a tener en cuenta. Vid., para el examen de esta convención, MINOR, J., "The Lugano Convention: Some Problems of Interpretation", C.M.L.Rev, 1990, pp. 507 ss; STONE, P. A., "The Lugano Convention on Civil Jurisdiction and Judgements", Y.E.L., 1988-8, pp. 104 ss.

([504]) Vid., en este sentido, LAGRANGE, M., "Les actions en justice...", op. cit., p. 104. J. L. ROPERS precisa que se articularía en forma de declinatorio de competencia automática de la jurisdicción nacional, que debería ser excitado por un agente judicial de la Comunidad legitimado para actuar ante aquéllas, pero con el problema que podría suscitar fricciones

insistir sobre el tema([505]).

Respecto de los ordenamientos jurídicos nacionales, ciertos sectores doctrinales han propugnado que se lleven a cabo ciertas reformas legislativas con el fin de arbitrar remedios procesales que, en la medida de lo posible, sean eficaces ante las infracciones judiciales de las obligaciones que les impone el artículo 177 del Tratado C.E. Sin ningún ánimo de exhaustividad, las más interesantes alternativas de futuro propuestas son: la creación de un juez nacional de conflictos ante el que las partes puedan recurrir([506]); la instauración de un recurso de casación en interés de la ley y, en su caso, la extensión de la legitimación para interponerlo en favor de la Comisión, o incluso de los Ministerios Públicos([507]); la regulación expresa de acciones de indemnización donde todavía no existan y, donde ya las hay, la especificación de que la omisión arbitraria del planteamiento de cuestión prejudicial y/o el incumplimiento flagrante de una sentencia prejudicial otorgan la acción([508]); finalmente, la previsión de un recurso de revisión de una sentencia en caso de que el Tribunal de Justicia constate su violación del Tratado, puesto que cabe preguntarse si la autoridad de cosa juzgada de la sentencia nacional puede ser opuesta cuando la decisión judicial haya sido dictada en violación de las obligaciones que impone el artículo 177 del Tratado C.E.([509]). Aunque estos autores no declaran cuál sería el fundamento jurídico de

---

que irían en contra del fin perseguido ("Des conflits entre la Cour de justice des Communautés européennes et juridictions nationales", op. cit., pp. 1624 ss).

([505]) Al hilo de reflexiones sobre otras cuestiones, se ha apuntado que, para remediar las infracciones del artículo 177, podría atribuirse un poder represivo (sanciones no sólo administrativas sino también penales) a la Comunidad. A parte de que no parece viable por diversos motivos (considerable cesión de soberanía; difícil armonización con las tradiciones jurídicas nacionales sobre la materia; choque con la independencia del poder judicial, etcétera), sería poco conforme con las bases actuales del incidente prejudicial, desnaturalizando un sistema cuyo balance es positivo en favor de hipotéticas ventajas, que no se sabe a ciencia cierta cuáles serían y cuyo resultado más verosímil sería crear un clima poco fructuoso de tensiones y fricciones. Por lo demás, es innecesario cuando resulta que en los derechos internos de los Estados miembros pueden, en determinadas condiciones, imponerse sanciones de diversos tipos (responsabilidad civil, disciplinaria y penal del juez: vid. supra) ante la infracción del Derecho comunitario. Vid., sobre la problemática general y algunas tentativas de atribuir a la Comunidad competencias penales, FORNASSIER, R., "Le pouvoir répressif des Communautés européennes et la protection de leurs intérêts financiers", R.M.C., 1983, pp. 398 ss; JOHANNES, H., "Le droit penal et son armonisation dans les Communautés européennes", R.T.D.E., 1971, pp. 315 ss.

([506]) Vid., en este sentido, TELCHINI, I., "L'interpretazione delle norme comunitarie e le giurisdizioni nazionali", Diritto Internazionali, 1963, pp. 247 ss. Constátese que el autor preconiza un juez interno de conflictos, mientras que la solución doctrinal para las reformas en el ámbito comunitario preconizaba que fuere el Tribunal de Justicia (vid. supra).

([507]) Vid., en este sentido, ROPERS, J. L., "Des conflits entre la Cour de justice et juridictions nationales", op. cit., pp. 1624 ss. El autor también apunta la posibilidad de que el recurso de casación fuera puro, abierto a la Comunidad, a las partes y al Estado del que depende la jurisdicción. Vid. asimismo ORTUZAR ANDECHAGA, L., Aplicación judicial del Derecho comunitario, op. cit., p. 200.

([508]) Es la tercera posibilidad que sugería el Tribunal de Justicia en sus observaciones sobre la Unión Europea.

([509]) PESCATORE, P., "Article 177", op. cit., p. 1109. El autor aboga porque se le plantee en vía prejudicial al Tribunal de Justicia. En esta línea, M. WAELBROECK incide en que el recurso de revisión debería preverse en los ordenamientos internos, de la misma manera que se ha hecho en Austria para los supuestos de violación de derechos procesales garantizados por la Convención Europea de Derechos Humanos, puesto que constituye una vía más eficaz que un recurso de responsabilidad extracontractual ("Conclusions", en Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen, op. cit., p. 315). Cabe señalar que, en la época de elaboración de la Constitución española, se intentó por parte de algunos parlamentarios el establecimiento de un recurso de inconstitucionalidad para controlar la

las reformas sugeridas, podría perfectamente ser el artículo 5 del Tratado C.E. en correlación con los respectivos preceptos legales o constitucionales de autorización para la adhesión.

Sin perjuicio de que puedan seguirse algunas de las soluciones sugeridas si las anomalías llegan a ocasionar perturbaciones preocupantes, hay que incidir en el hecho de que, como regla general, será mejor que se fomente el conocimiento del Derecho comunitario por los jueces nacionales y que entonces, por adhesión consciente a la obra comunitaria, acepten sus principios y los respeten y hagan respetar en los procesos internos: a fin de cuentas, si bien la ejecución de las sentencias prejudiciales ha suscitado problemas, no ha llegado ni de lejos a provocar las mismas dificultades que la ejecución de las sentencias de incumplimiento, precisamente por el factor "cooperación judicial" establecido en el interior de la Comunidad. En diferentes ocasiones a lo largo de esta Tesis doctoral se ha insistido que el proceso prejudicial sólo puede dar resultados óptimos bajo condición de funcionar con un espíritu de cooperación y respeto recíprocos, pues sólo mediante la colaboración leal entre los jueces nacionales y el juez de las Comunidades podrá lograrse a plena satisfacción la armonía entre la aplicación del Derecho comunitario y la del derecho interno. La propia existencia del Tribunal de Justicia se apoya, en buena medida, en el respeto y cumplimiento voluntario de sus sentencias, en su autoridad moral, sin la cual el sistema jurídico comunitario de resolución de conflictos carecería de sentido y la supervivencia de la Comunidad estaría en entredicho([510]).

Además, aunque se reformasen los ordenamientos internos y/o el comunitario en alguna de las direcciones apuntadas([511]), la eficacia de los nuevos sistemas de control seguiría necesariamente condicionada por la posición que mantuvieran los tribunales de cada país y,

---

adecuación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la norma fundamental (vid., para mayores detalles, PEREZ TREMPS, P., Tribunal Constitucional y Poder Judicial, op. cit., pp. 244 ss). A la vista de esta experiencia, podría arbitrarse la posibilidad de recursos internos frente a las decisiones judiciales con fuerza de cosa juzgada, siquiera aunque sólo obrasen ante casos flagrantes de violación.

([510]) Estas consideraciones no son privativas de la hipótesis de las sentencias prejudiciales y respecto de las jurisdicciones nacionales, sino que tienen un alcance general, abarcando también el supuesto de las sentencias de incumplimiento, puesto "en ausencia de todo aparato de coerción, la autoridad del Derecho comunitario no podría proceder sino de la convicción de la necesidad de respetar la regla común indisociable" (KOVAR, R., "Les Etats membres et la compétence de la Cour", op. cit., p. 33); y dado que "la simple existencia de sanciones no basta en sí misma para garantizar la eficacia en términos de prevención y represión [puesto que] las obligaciones comunitarias están fundadas sobre (...) la confianza recíproca y el espíritu comunitario" (EBKE, W. J., "Les techniques contentieuses d'application du droit des Communautés européennes", op. cit., p. 226), la inejecución por parte de los Estados de las decisiones del Tribunal de Justicia socavaría los fundamentos de la Comunidad (LECOURT, R., Le juge devant le marché commun, op. cit., p. 37). Reflexiones semejantes se han efectuado también respecto de las jurisdicciones nacionales, y especialmente las constitucionales (vid., por todos, BOCANEGRA SIERRA, R., El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional, op. cit., p. 245).

([511]) No parece, sin embargo, que los Estados miembros ni la Comisión estén por la labor de reformar el Derecho comunitario o los derechos internos (vid. respuesta de la Comisión a la pregunta del eurodiputado ROBLES PIQUER a raíz de la sentencia del Consejo de Estado francés de 20 de octubre de 1989 -asunto Nicolo-, D.O.C.E. nº C 150, de 10 de junio de 1991, pp. 2 ss).

de modo preferente, por las jurisdicciones supremas: si voluntariamente deciden infringir el Derecho comunitario, ¿quién podrá llevar a cabo un control efectivo de sus incumplimientos?. Sus decisiones son irrecurribles en el orden interno, y aunque se aceptaran tales reformas para permitir un control al nivel comunitario, seguiría sin poderse forzar coactivamente a las jurisdicciones nacionales a aplicar las sentencias prejudiciales, ya que no es plausible reformar el incidente prejudicial para otorgarles la fuerza ejecutiva de la que carecen hoy en día sin desvirtuar profundamente su naturaleza y alterar negativamente el marco actual en el que se desenvuelven las relaciones entre el Tribunal de Justicia y las jurisdicciones nacionales.

En estas circunstancias, es preferible "luchar" para que se alcance una voluntad uniforme del cuerpo judicial más por la convicción propia que por la posible sanción jurídica, propiciando las condiciones para que se produzca una completa identificación y aceptación espontánea de la jurisprudencia comunitaria en aras a la uniformidad del Derecho comunitario. La preocupación por su reputación, la identificación de su función y la adhesión a los objetivos comunes constituyen un complejo de motivaciones de extraordinaria eficacia([512]). Sin este proceso de interiorización difícilmente habría podido conseguirse que los jueces nacionales, tan diferentes por tradición cultural y en sus competencias, confiaran y colaboraran con la jurisdicción comunitaria en la tarea común de aplicar el Derecho comunitario. Deben proseguirse los esfuerzos en esta vía, facilitando una información adecuada y el intercambio de puntos de vistas, así como que se estrechen los lazos entre los sujetos judiciales concernidos para que la transparencia del proceso evite disfunciones del tipo de las apuntadas anteriormente, pues todo ello puede ser tanto más eficaz que cualquier reforma jurídica, y lo prueba la práctica hasta ahora existente. Sólo de este modo podrá alcanzarse la circunspección y confianza imprescindibles para lograr una perfecta aplicación del Derecho comunitario interpretado.

([512]) Retomando estas ideas, señala M. LAGRANGE que "la armonía entre la aplicación del Derecho comunitario y la del derecho interno sólo puede realizarse de modo satisfactorio mediante la colaboración leal entre los jueces nacionales y el juez de las Comunidades" ("L'action préjudicielle...", op. cit., p. 290), y añaden R. M. CHEVALLIER y D. MAIDANI que "más que el temor de sanciones que no le afectarían personalmente, es la concepción elevada de su función lo que debe empujar al juez nacional a aplicar, a pesar de las dificultades eventuales, el Derecho comunitario a los litigios que le son sometidos" (Guide pratique..., op. cit., p. 62).

V CAPITULO: LAS JURISDICCIONES DE OTROS ESTADOS MIEMBROS ANTE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA RELATIVA A LA PRIMACIA Y EL EFECTO DIRECTO

INTRODUCCION

Si era difícil sistematizar las jurisprudencias nacionales en el capítulo precedente, dada la variedad de soluciones consagradas jurisprudencialmente, en este ámbito la dificultad es aún mayor dada la riqueza de la casuística campante. Afortunadamente, la variedad de posiciones judiciales no es de la misma magnitud, por lo que afirmaciones de orden general pueden dar cuenta de la realidad. Además, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a estos dos principios constituye una temática de sobras conocida y muy bien estudiada por la doctrina comunitaria, de manera que no es es necesario trazar en este capítulo su evolución completa([1]). Basta con resaltar que la consagración de la primacía y el efecto directo del Derecho comunitario constituye uno de los méritos indiscutibles del Tribunal de Justicia para la consolidación y el desarrollo del Derecho comunitario, poniendo de relieve una exigencia existencial para su supervivencia que, además, resalta su especificidad, hasta el punto de que cabe preguntarse qué habría sido del Derecho comunitario sin la consagración jurisprudencial de estos caracteres([2]). Según el Tribunal de Justicia, una disposición que contenga una obligación clara, precisa e incondicional es susceptible de otorgar derechos e imponer obligaciones a los particulares, en sus relaciones entre sí y/o con los Estados miembros e instituciones comunitarias, y éstos entre sí, pues se integra en los órdenes jurídicos internos y ocupa en estos una posición normativamente superior en caso de conflicto sobre las materias por ella regidas, que debe ser garantizada, en caso de necesidad, por los órganos judiciales([3]).

([1]) Vid. sobre el tema bibliografía selectiva.

([2]) En este sentido, un artículo reciente de R. LECOURT reza "Quel eût été le droit des Communautés sans les arrèts de 1963 et 1964", en L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à J. Boulois, op. cit., pp. 349 ss.

([3]) La lista de decisiones del Tribunal de Justicia sería interminable. Entre las más importantes, vid. para el efecto directo, STJCE de 5 de febrero de 1963, asunto Van Gend en Loos, nº 26/62, rec. 1963, pp. 136 ss; 4 de diciembre de 1974, asunto Van Duyn, nº 41/74, rec. 1974, pp. 1339 ss; 26 de febrero de 1986, asunto Marshall, nº 152/84, rec. 1986, pp. 737 ss; 8 de octubre de 1987, asunto Kolpinghuis Nijmegen, nº 80/86, rec. 1986, pp. 3982 ss; 20 de septiembre de 1988, asunto Gebroeders Beentjes, nº 31/87, rec. 1988, pp. 4652 ss; 13 de noviembre de 1990, asunto Marleasing, nº C-106/89, rec. 1990, pp. I/ 4156 ss; 16 de enero de 1992, asunto X c./ Richard Nissan, nº C-373/90, rec. 1992, pp. I/ 146 ss; 2 de agosto de 1993, asunto Marshall, nº C-271/91, rec. 1993, pp. I/4367 ss; y las conclusiones generales de GAND en el asunto Lutticke, nº 57/65, rec. 1966, pp. 310-311, y de MAYRAS en el asunto Van Duyn, nº 41/74, rec. 1974, pp. 1354-

En todo caso, no hay que confundir, como sucede a veces en la doctrina, la eficacia directa con la aplicabilidad inmediata([4]), pese a que guardan estrecha relación en el Derecho comunitario: mientras ésta es la capacidad de las normas pertenecientes a este ordenamiento de desplegar sus efectos (recepción automática), con independencia de cuáles sean estos efectos en cada caso, aquélla alude a los efectos concretos (derechos y obligaciones) que producen las normas comunitarias inmediatamente aplicables en relación con los sujetos jurídicos destinatarios, particulares, Estados miembros o instituciones comunitarias([5]). Cabe señalar, por otro lado, que la terminología invocabilidad de exclusión o de substitución es ampliamente utilizada en los últimos tiempos por algunos sectores doctrinales, considerándola más apropiada que la de efecto directo([6]), lo que no deja de tener su lógica si se tiene en cuenta que puede servir para englobar el principio general del Derecho comunitario de responsabilidad del Estado que no transponga o lo haga incorrectamente([7]) una directiva([8]), y de este modo indirecto paliar la falta de

---

1360. En relación con la primacía, vid. STJCE de 5 de julio de 1964, asunto Costa c./ E.N.E.L., nº 6/64, rec. 1964, pp. 1150 ss; 13 de febrero de 1969, asunto Walt Wilhelm, nº 14/68, rec. 1969, pp. 13 ss; 13 de julio de 1972, asunto Comisión c./ Italia, nº 48/71, rec. 1972, pp. 529 ss; 9 de marzo de 1978, asunto Simmenthal, nº 106/77, rec. 1978, pp. 629 ss; 15 de octubre de 1986, asunto Comisión c./ Italia, nº 168/85, rec. 1986, pp. 2956 ss; 24 de marzo de 1988, asunto Comisión c./ Italia, nº 104/86, rec. 1988, pp. 1813 ss; 19 de junio de 1990, asunto Factortame, nº C-213/89, rec. 1990, pp. I/ 2466 ss.

([4]) Como bien pusieron de relieve, en 1959, F. DUMON y F. RIGAUX, señalando que "un tratado internacional puede haber sido introducido en nuestro derecho nacional, sin que sus disposiciones o algunas de ellas sean sin embargo susceptibles de ser aplicadas directamente en el ordenamiento interno, sea en razón de la voluntad de las Altas Partes Contratantes, sea por la naturaleza y términos mismos de estas disposiciones, que necesitan aún una intervención legislativa de la autoridad nacional. En tales casos, estas disposiciones no son self executing" (La Cour de justice des Communautés européennes et les juridictions des Etats membres, op. cit., p. 7). Sin embargo, hay autores que incluyen dentro de la genérica fórmula "aplicabilidad directa" no sólo el efecto directo sino también lo que es propiamente aplicabilidad inmediata (SANTAOLALLA GADEA, F., "Nota sobre publicación del Derecho comunitario de las Comunidades Europeas", D.A., 1982, pp. 193-194), y otros reservan el término "aplicabilidad directa" para la recepción de las normas comunitarias, mientras que sería efecto directo el despliegue de derechos y obligaciones (MARTINEZ MURILLO, J. J., "Directivas: su aplicabilidad directa y su efecto directo vertical y... ¿horizontal?", G.J.C.E.E., 1991, B-68, pp. 20-21).

([5]) Dicho con otras palabras, el Derecho comunitario adquiere automáticamente, de por sí, estatuto de derecho positivo en el orden jurídico interno de los Estados miembros en cuanto a ellos va dirigido, integrándose de pleno derecho sin necesidad de ninguna fórmula especial de introducción o de recepción, de tal suerte que se impone como Derecho comunitario y genera en todo juez nacional la obligación de respetarlo y aplicarlo como tal. La STJCE de 10 de octubre de 1973 (asunto Variola, nº 34/73, rec. 1973, pp. 981 ss) es muy ilustrativa a este respecto.

([6]) Por ejemplo, BARAV, A., La fonction communautaire du juge national, op. cit., pp. 166 ss; MANIN, P., "L'invocabilité des directives: quelques interrogations", R.T.D.E., 1990, p. 671; ISAAC, G., Droit communautaire général, op. cit., pp. 164-165). Otros autores prefieren denominar estos efectos respectivamente como "efecto interno limitado" y "efecto directo propiamente dicho" (LOUIS, J.-V., "Droit communautaire et droit national", en La Cour de justice. Les actes des institutions, 2ª ed., p. 489). En fin, hay quien sin distinguirlos los engloba todos bajo el título genérico de "las implicaciones del efecto directo" (KOVAR, R., "Relaciones entre el Derecho comunitario y los derechos internos", en Treinta años de Derecho comunitario, op. cit., pp. 152-154). Dentro de la doctrina española, quien más claramente distingue entre invocabilidad y eficacia directa es D. RUIZ-JARABO COLOMER, El juez nacional como juez comunitario, op. cit., pp. 130 ss.

([7]) Sería conveniente que se extendiera expresamente a los supuestos en que ejecuta incorrectamente una directiva, dado que las razones de fondo son similares.

([8]) Sin entrar en la polémica sobre la conveniencia de sustituir la noción de efecto directo por la de la invocabilidad, a los efectos de esta Tesis doctoral la invocabilidad se utiliza para poner de relieve la posibilidad o derecho para un particular -cuando se cumplen ciertos requisitos señalados jurisprudencialmente- no sólo de hacer confrontar las disposiciones nacionales dictadas para la transposición de la directiva con ésta para verificar que no se hayan transgredido los márgenes

reconocimiento de su efecto directo horizontal, concebible pero criticable en el estadio actual del Derecho comunitario porque penaliza injustificadamente a los particulares([9]).

Los motivos anteriormente expuestos explican por qué no se pretende en estas páginas realizar un estudio general de las cuestiones relativas a la articulación entre ordenamiento comunitario y ordenamiento estatal, que en el mejor de los casos sería exclusivamente una reproducción más o menos afortunada de la abundantísima bibliografía existente. Ello explica asimismo por qué la exposición no entrará en el examen de la jurisprudencia comunitaria, ni pretenderá tampoco un examen exhaustivo de su seguimiento por las jurisdicciones nacionales. De hecho, el objetivo principal, y prácticamente único, del presente capítulo es intentar determinar el grado de identificación con el fenómeno comunitario de los actores judiciales nacionales, reseñando a través de los ejemplos más significativos de la práctica judicial interna, antigua y actual, el estado de la cuestión([10]).

---

de apreciación dejados a las autoridades nacionales (invocabilidad de exclusión), sino también, y sobre todo, el derecho a exigir judicialmente la aplicación inmediata, en lugar y/o en contra del derecho nacional, de las disposiciones de la directiva que afecten a su patrimonio jurídico, que le otorguen derechos individuales (invocabilidad de substitución). A estos dos tipos de invocabilidad cabría añadir una tercera: la invocabilidad de responsabilidad, aplicable en y para el caso particular de las relaciones entre particulares que resulten de una directiva, permitiendo compensar su falta de efecto directo horizontal mediante la reclamación de una indemnización de daños y perjuicios frente al Estado infractor.

Debe añadirse que la interpretación conforme del Derecho nacional a los objetivos de la normativa comunitaria llamado por algunos "efecto de transfusión" (GALMOT, Y. y BONICHOT, J.-Cl., "La Cour de justice et la transposition des directives en droit national", R.F.D.A., 1988, pp. 1 ss), "efecto horizontal pasivo" (STUYCK, J. y WYTINCK, P., "Note", C.M.L.Rev., 1991, p. 212), y "efecto indirecto de las directivas" (ORDOÑEZ SOLIS, D., "El efecto (directo e indirecto) de las directivas y la nulidad de las sociedades mercantiles", La Ley, 11 de marzo de 1991, p. 1) no es tanto una manifestación de la invocabilidad como un criterio interpretativo -inferencia lógica- conexo con la primacía, aun cuando de hecho pueda conducir a un resultado casi idéntico al de la invocabilidad por substitución. En general, una exposición bastante sistemática de estas cuestiones se halla en la STJCE de 14 de julio de 1994, asunto Paola Faccini Dori, nº C-91/92, rec. 1994, pp. I/3355-3358.

([9]) Vid., para una exposición de esta problemática, Capítulo VI, apartado 1.2.3.

([10]) Vid. con carácter general, A.A.V.V., "Chronique des décisions nationales (1988 à 1991). Première partie", op. cit., pp. 57 ss; BEBR, G., Development of Judicial Control..., op. cit., pp. 664 ss; DARMON, M.,"Juridictions constitutionnelles et droit communautaire", R.T.D.E., 1988, pp. 217 ss; HERVOUET, F., "Politique jurisprudentielle de la Cour de justice et des juridictions nationales. Réception du droit communautaire par le droit interne des Etats", R.D.P., 1992, pp. 1257 ss; LOUIS, J.-V., "Droit communautaire et droit national", op. cit., pp. 549 ss; MANCINI, F., "Corte comunitaria e Corti suprema nazionali", op. cit., pp. 1043 ss; MANGAS MARTIN, A., Derecho comunitario europeo y derecho español, op. cit., pp. 93 ss y 146 ss; OLMI, G., "Les rapports entre droit communautaire et droit national dans les arrêts des juridictions supérieures des Etats membres", R.M.C., 1981, pp. 178 ss y 379 ss ("Les hautes juridictions nationales, juges du droit communautaire", op. cit., pp. 513 ss); PESCATORE, P., "L'application du droit communautaire dans les Etats membres", en Rencontre universitaire et judiciaire, 27-28 septembre 1976, op. cit., pp. VI/1 ss; RIDEAU, J., "Constitution et droit international dans les Etats membres des Communautés européennes autres que la France", R.F.D.C., 1990, pp. 425 ss; RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C., "Tribunales Constitucionales y Derecho comunitario", op. cit., pp. 1175 ss; VELU, J. "Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités", J.T., 1992, pp. 729 ss y 749 ss. Vid. también las secciones correspondientes a las jurisdicciones nacionales de los Infórmenes anuales de la Comisión al Parlamento Europeo sobre la aplicación del Derecho comunitario en los Estados miembros y los informes y comentarios contenidos en Article 177 EEC: Experiences and Problems, op. cit., pp. 53 ss. Con un carácter más particular, vid. los artículos publicados en 1990 en la R.F.D.A. de A. ARNULL ("La primauté du droit communautaire au Royaume-Uni"), V. CHRISTIANOS ("Les juridictions helléniques face à la primauté du droit communautaire"), H. (von) HOLSTEIN ("Le droit communautaire dans le système danois"), A. PINTO ("L'application du droit communautaire au Portugal"), S. PRECHAL ("La primauté du droit communautaire aux Pays-Bas"), M. RONAYNE ("La primauté du droit communautaire en droit irlandais"), M. THILL ("La primauté et l'effet direct du droit communautaire dans la jurisprudence

1.- EL RECONOCIMIENTO GENERAL DE LOS PRINCIPIOS DE PRIMACIA Y EFECTO DIRECTO

Existe un amplio abanico de decisiones judiciales donde se reconocen los principios de primacía y efecto directo del Derecho comunitario, pero las posiciones de las jurisdicciones supremas de los Estados miembros son las más interesantes y, en particular, de las jurisdicciones supremas irlandesas. Debe resaltarse que antes del reconocimiento expreso por el Tribunal de Justicia de la primacía y eficacia directa del Derecho comunitario, decisiones de las jurisdicciones nacionales las habían consagrado([11]).

1.1. Jurisdicciones supremas

1.1.1. Tribunal Constitucional Federal alemán y Tribunales Supremos belga y francés

El Tribunal Constitucional Federal alemán, en un asunto en el que se atacaban dos reglamentos del Consejo y la Comisión por su pretendida vulneración de los derechos fundamentales y de otros principios constitucionales, reconoció la validez de la ratificación de los Tratados comunitarios, subrayó la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario y dedujo que los reglamentos, en tanto que no eran actos de la autoridad pública alemana, no podían ser objeto de control de constitucionalidad, confirmando de este modo la actitud favorable de las jurisdicciones ordinarias sobre la especificidad del Derecho comunitario y el alcance de sus principios rectores de eficacia directa y primacía en caso de conflicto sobre la ley anterior y posterior. Su interesante razonamiento se basa en los siguientes argumentos: 1.- La naturaleza especial de la Comunidad: no son un Estado, ni un Estado federal, sino un género específico que está en proceso de integración, un "poder público supranacional"

---

luxembourgeoise (janvier 1990)"; y los comentarios anuales de Ch. GREENWOOD sobre "European Community Law" publicados en la All.E.R. en la parte dedicada al resumen general del año ("Annual Review"), especialmente desde 1988. Vid. adicionalmente la bibliografía selectiva.

([11]) Por ejemplo, el Consejo de Estado italiano había declarado que el artículo 31 del Tratado C.E.E. era aplicable directamente (sentencia de 7 de noviembre de 1963, Foro it., 1963, III, col. 143), y el Finanzgericht de Bremen sustentó la primacía en la naturaleza federal de las Comunidades Europeas (sentencia de 9 de abril de 1963, EVERSEN y SPERL, 1963, nº 1242). Vid. también las sentencias de los Kantongerechten holandeses de 1 de abril de 1962 y 23 de marzo de 1964, en las que se afirma la primacía de los reglamentos comunitarios (EVERSEN y SPERL, 1964, nº 1516 y 1965, nº 2224), y de 10 de julio de 1963, que consagró el efecto directo del artículo 12 del Tratado C.E.E. (EVERSEN y SPERL, 1963, nº 1329), o la sentencia del Oberverwaltungsgericht de Berlín de 18 de septiembre de 1963, sobre la primacía (EVERSEN y SPERL, 1969, nº 3462).

creado por el Tratado y netamente distinto del poder público de los Estados miembros; 2.- Las competencias de las instituciones: ejercen derechos soberanos que los Estados miembros han abandonado en provecho de la Comunidad que han creado, en el caso alemán sobre la base del artículo 24 de la Ley fundamental; 3.- El carácter autónomo de su ordenamiento jurídico: no es una ley internacional ni una ley interna; tiene un sistema judicial propio de protección; no hace falta aprobación ni ratificación estatal de los reglamentos para su aplicación, puesto que debido a la transferencia de derechos soberanos "ha nacido un nuevo poder público, que es autónomo e independiente respecto del poder público de los Estados miembros individuales, por lo que sus actos no tienen, desde entonces, necesidad de ser confirmados por los Estados miembros y no pueden ser abrogados por éstos"([12]). A la postre, el Tribunal Constitucional Federal alemán desestimó el recurso de amparo, considerando que los recursos constitucionales a disposición de los particulares para la protección de sus derechos fundamentales respecto de violaciones por actos de la autoridad pública alemana([13]) eran inadmisibles frente a actos comunitarios porque no se trataba de actos adoptados por los poderes internos, sino de actos "de un poder público particular, supranacional, creado por el Tratado y claramente distinto de la autoridad pública de los Estados miembros", añadiendo finalmente que no había lugar para [que el Tribunal Constitucional procediera a] completar o mejorar el sistema de protección jurisdiccional comunitario, porque ello "conduciría a difuminar la línea de demarcación entre competencia jurisdiccional interna y competencia jurisdiccional supranacional y desembocaría en una inegalidad de protección jurídica en los Estados miembros"([14]).

Este auto de 18 de octubre de 1967 es alabable porque declaró inadmisibles los recursos contra actos de las instituciones, así como porque aprovechó la ocasión para hacer un repaso de la constitucionalidad de la atribución de competencias contenidas en los Tratados y de los caracteres -proclamó la autonomía y especificidad del Derecho comunitario, con clara influencia de la sentencia COSTA-, y efectos -aplicabilidad directa y primacía- del poder normativo de las instituciones y del sistema de protección jurídico propio del Derecho comunitario([15]).

([12]) Reconoció, pues, que la pertenencia a la Comunidad suponía y significaba la renuncia de derechos soberanos, de los derechos mismos y no sólo de su ejercicio, refiriéndose expresamente a las sentencias BOSCH y COSTA, lo que aun sin mención expresa habría resultado evidente.

([13]) Recursos de amparo: artículo 93.1 de la Ley Fundamental, y artículos 90 a 97 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán.

([14]) ATC de 18 de octubre de 1967, EVERSEN y SPERL, 1967, nº 2736. Esta posición fue confirmada con su auto de 7 de enero de 1975, Europarecht, 1975, pp. 168 ss. Cabe subrayar que coincide en este punto la posición del Tribunal Constitucional español (STC nº 64/1991, de 22 de marzo, B.J.C. nº 120, pp. 100 ss).

([15]) Sin embargo, es criticable por la reserva en favor de los derechos fundamentales (vid. infra apartado 2.2.1.1).

Es, por lo demás, encomiable que no constituya un caso aislado, pues la dirección marcada ha sido continuada ulteriormente([16]), y en especial, por la importante decisión de 9 de junio de 1971([17]). En ella, el Tribunal Constitucional alemán no sólo confirma la orientación defendida en el auto de 18 de octubre de 1967 de que el artículo 24 de la Ley Fundamental es la disposición que permite la apertura del derecho alemán al orden jurídico comunitario, sino que describe al Derecho comunitario como "un derecho de rango superior respecto de la ley ordinaria, aun posterior, a la que se superpone descartándola", ya que éste es el "único medio por el que los derechos subjetivos concedidos a los ciudadanos del mercado común pueden ser realizados". Finalmente, sentenció que, al no ser competente para resolver este conflicto de normas -si una norma interna de rango inferior a la Constitución es contraria a una norma de rango superior del Derecho comunitario y, por tanto, sin efecto-, incumbe al juez ordinario que conozca del asunto en su conjunto decidir el derecho aplicable y, por tanto, reconocer al Derecho comunitario, en un caso concreto, la prioridad que le corresponde([18]).

A la vista de esta jurisprudencia, puede decirse que el reconocimiento explícito de la primacía y efecto directo del Derecho comunitario encuentra su título jurídico en el derecho alemán en el artículo 24 de la Ley Fundamental y en los caracteres propios del Derecho comunitario subrayados por el Tribunal de Justicia([19]). Esta actitud es tanto más loable en cuanto constituye el espejo en el que han mirado muchas jurisdicciones supremas e inferiores para sustentar la primacía y el efecto directo del Derecho comunitario([20]). Aunque se han

---

([16]) STC alemán de 13 de octubre de 1970, EVERSEN y SPERL, 1970, nº 3898.

([17]) STC alemán de 9 de junio de 1971, C.D.E., 1973-2, pp. 217 ss.

([18]) Decisiones ulteriores del Bundesverfassungsgericht confirman su doctrina sobre el carácter autónomo del Derecho comunitario y la obligación del juez nacional de dejar inaplicada la ley nacional en caso de colisión para asegurar la primacía (así, STC alemán de 8 de marzo de 1974, Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters, 1974, pp. 344 ss; 8 de junio de 1977, Europarecht, 1978, pp. 142 *ss*).

([19]) Cabe reseñar que una decisión reciente del Bundesverfassunsgericht hace descansar la primacía del Derecho comunitario sobre una ley ulterior sobre "una norma no escrita del Derecho comunitario primario" (STC alemán de 28 de enero de 1992, Europäische Grundrechte Zeitschrift, 1992, pp. 17 ss). En relación con las razones de la invocación del artículo 24 de la Ley Fundamental, vid. BEBR, G., Development of Judicial Control..., op. cit., pp. 693 ss.

([20]) Sentencias del Bundesfinanzhof de 11 de julio de 1968, C.M.L.Rev, 1969, pp. 414 ss; 8 de agosto de 1972, EVERSEN y SPERL, 1972, nº 4842; 10 de octubre de 1973, EVERSEN y SPERL, 1973, nº 18; 20 de abril de 1989, C.D.E., 1992-1/2, p. 83; Bundesgerichtshof de 27 de febrero de 1969, EVERSEN y SPERL, 1969, nº 3485; 9 de abril de 1970, EVERSEN y SPERL, 1970, nº 4363; Finanzgericht de Baden-Wurterberg de 29 de abril de 1970, EVERSEN y SPERL, 1970, nº 3897; Finanzgericht de Dusseldorf de 3 de julio de 1969, EVERSEN y SPERL, 1969, nº 3465; Finanzgericht de Hamburgo de 21 de marzo de 1967, EVERSEN y SPERL, 1969, nº 3465; 21 de febrero de 1978, C.D.E., 1980-5/6, pp. 299 ss; Finanzgericht de Hesse de 17 de mayo de 1972, EVERSEN y SPERL, 1972, nº 4839; 15 de febrero de 1973, EVERSEN y SPERL, 1973, nº 216; Finanzgericht de Munich de 22 de agosto de 1968, EVERSEN y SPERL, 1969, nº 3655; 6 de noviembre de 1968, EVERSEN y SPERL, 1969, nº 3477; 20 de noviembre de 1970, EVERSEN y SPERL, 1973, nº 18; Finanzgericht de Renania de 17 de diciembre de 1970, EVERSEN y SPERL, 1971, nº 4344; Verwaltungsgericht de Colonia de 22 de febrero de 1972, EVERSEN y SPERL, 1972, nº 4835; Verwaltungsgericht de Kassel de 29 de septiembre de 1972, EVERSEN y SPERL, 1973, nº 215; Verwaltungsgericht de Munich de 15 de marzo de 1971, EVERSEN y SPERL, 1973, nº 21.

invocado argumentos distintos en la forma, coinciden en su substancia([21]), salvo cuando, a título excepcional, se ha alegado el principio de sucesión de leyes en el tiempo con este fin([22]). Son muy raros los casos en que no se ha reconocido el principio de primacía([23]) o el del efecto directo([24]), y generalmente están asociados al tema de la protección de los derechos fundamentales reconocidos por la Ley Fundamental alemana.

Mayor repercusión, si cabe, ha tenido el asunto LE SKI, juzgado por el Tribunal Supremo belga([25]). En el marco de un asunto que planteaba la compatibilidad de una Ley de 19 de marzo de 1969 con el artículo 12 del Tratado C.E., rechazó el recurso de casación, admitiendo implícitamente el derecho a la devolución con carácter retroactivo de las sumas indebidamente pagadas de la sociedad recurrente que había reconocido el tribunal de apelación a pesar del texto de la ulterior ley belga, cuya sentencia confirmó, pero alejándose del razonamiento de esta jurisdicción([26]), para encontrar otras raíces, más seguras y más

---

([21]) Por ejemplo, la naturaleza supranacional del Tribunal de Justicia (sentencia del Bundesgerichtshof de 17 de diciembre de 1970, Aussenwirtchaftsdienst des Betriebsberaters, 1971, pp. 82 ss), la exclusividad de las competencias comunitarias (sentencia del Finanzgericht de Bremen de 15 de mayo de 1970, C.M.L.Rep., 1971, pp. 521 ss), los poderes soberanos atribuidos a las Comunidades (sentencia del Bundesfinanzhof de 10 de julio de 1968, Europarecht, 1969, pp. 255 ss) o su naturaleza sui generis (sentencia del Verwaltungsgericht de Francfurt de 24 de noviembre de 1971, EVERSEN y SPERL, 1971, nº 4584). Incluso antes del reconocimiento de la primacía por el Tribunal Constitucional, hay decisiones que aseguraron estos principios, invocando inter alia el artículo 189 del Tratado C.E. (sentencia del Verwaltungsgericht de Berlín de 26 de octubre de 1962, C.M.L.Rep., 1964, pp. 5 ss), la naturaleza federal de las Comunidades Europeas (sentencia del Finanzgericht de Bremen de 9 de abril de 1963, EVERSEN y SPERL, 1963, nº 1242) o la neta separación de las normas del Derecho comunitario con las del Derecho internacional (sentencia del Finanzgericht del Sarre de 15 de noviembre de 1966, EVERSEN y SPERL, 1967, nº 2708).

([22]) Sentencias del Finanzgericht de Renania-Palatinado de 19 de mayo de 1967, EVERSEN y SPERL, 1967, nº 2728 y 2848; Bundesfinanzhof de 10 de julio de 1968, EVERSEN y SPERL, 1968, nº 3080. Con esta posición dualista se considera que los Tratados son leyes ordinarias y, por tanto, una ley ulterior primaría sobre ellos.

([23]) Sentencias del Verwaltungsgericht de Frankfurt de 20 de marzo de 1964, Aussenwirtschftsdienst des Betriebsberaters, 1965, pp. 62 ss; 22 de mayo de 1968, EVERSEN y SPERL, 1969, nº 3664; Finanzgericht de Hamburgo de 28 de julio de 1967, E.F.G., 1968, pp. 50 ss. En ocasiones, aun sin negar la primacía, la han matizado o han dudado de ella (sentencias del Bundesverwaltungsgericht de 14 de febrero de 1969, EVERSEN y SPERL, 1969, nº 3484; Verwaltungsgericht de Francfurt de 5 de noviembre de 1969, EVERSEN y SPERL, 1969, nº 3494).

([24]) Ocasionalmente, se ha dudado de la aplicabilidad directa del Derecho comunitario derivado (sentencia del Finanzgericht de Renania-Palatinado de 14 de octubre de 1971, EVERSEN y SPERL, 1971, nº 4581), pero la única práctica casi sistemáticamente díscola es la del Bundesfinanzhof respecto del efecto directo de las directivas (vid. infra apartado 2.3.2).

([25]) Antes de esta sentencia, las jurisdicciones belgas habían decidido frecuentemente que las leyes posteriores contrarias al Derecho comunitario eran inaplicables: por ejemplo, sentencias del Tribunal de Apelación de Bruselas de 7 de enero de 1969, EVERSEN y SPERL, 1969, nº 3480; 4 de marzo de 1970, EVERSEN y SPERL, 1970, nº 3892; Tribunal de Bruselas de 6 de febrero de 1967, EVERSEN y SPERL, 1967, nº 2719; Tribunal Comercial de Bruselas de 2 de septiembre de 1967, EVERSEN y SPERL, 1968, nº 3075; Juez de Paz de Amberes de 24 de diciembre de 1968, EVERSEN y SPERL, 1969, nº 3479.

([26]) El Tribunal de primera instancia había desestimado la acción de la Sociedad Le Ski ejercida para obtener el reembolso de los derechos aduaneros pagados indebidamente. Recurrida la sentencia, el Tribunal de apelación de Bruselas reconoció este derecho (sentencia de 4 de marzo de 1970, R.T.D.E., 1970, pp. 369 ss) y, siguiendo las conclusiones de su fiscal general HAYOIT DE TERMICOURT, sostuvo la superioridad del tratado frente a la ley posterior basándose en la ausencia de una disposición legislativa o constitucional que obligase al juez a aplicar una ley posterior contraria a la norma internacional, y tras resaltar que la ley de 19 de marzo de 1968 no prohibía al juez aplicar la norma comunitaria en el caso de autos, declaró inaplicable la ley interna. Esta superioridad, subrayó adicionalmente la sentencia, se impone por "razones de moral social" y porque "la superioridad del derecho interno será la condena del derecho internacional", lo que no debe ocurrir porque "los Estados tienen el deber de velar para que la norma de derecho interno incompatible con una norma de

solidas, en las conclusiones magistrales de su Procurador General VAN DER MEERSCH([27]). Su categórico pronunciamiento se subdivide en dos partes, en primer lugar en favor de la primacía existencial del Derecho internacional convencional; y después, del Derecho comunitario sobre la ley, anterior y ulterior, que por su interés se reproducen seguidamente:

> "Que el conflicto que existe entre una norma de derecho establecida por un tratado internacional y una norma establecida por una ley posterior no es un conflicto entre dos leyes".
> "Considerando que la regla según la cual una ley deroga una ley anterior en el tiempo en la medida en que la contradice no es aplicable en el caso de que el conflicto oponga un tratado y una ley"
> "Considerando que, cuando el conflicto existe entre una norma de derecho interno y una norma de Derecho internacional que tiene efectos directos en el ordenamiento jurídico interno, la regla establecida por el Tratado debe prevalecer; que la preeminencia de éste resulta de la naturaleza misma del Derecho internacional convencional".
> "Considerando que sucede así a fortiori cuando el conflicto existe, como en el caso de autos, entre una norma de derecho interno y una norma de Derecho comunitario; que, en efecto, los Tratados que han creado el Derecho comunitario han instituido un nuevo orden jurídico, en cuyo beneficio los Estados miembros han restringido el ejercicio de sus derechos soberanos en los ámbitos que estos tratados determinan"([28]).

En consecuencia, proclamó que el juez nacional tenía el deber de dejar inaplicadas las disposiciones nacionales contrarias al artículo 12 del Tratado C.E., por lo que se había actuado bien en apelación descartando la aplicación de la normativa belga y concediendo el derecho de reembolso. Según esta alta jurisdicción, la primacía del Derecho comunitario resulta directamente de su naturaleza específica, lo que es conforme plenamente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia([29]). Y como quiera que ningún razonamiento a

---

derecho internacional convencional que responde a los compromisos que han adoptado, no pueda oponerse válidamente a ésta". Tras estos vericuetos, a raíz del recurso de casación del Estado belga, llegó al Tribunal Supremo.

([27]) GANSHOF VAN DER MEERSCH, "Conclusions Etat belge c. S.A. Fromageries Franco-Suisse Le Ski", op. cit., especialmente pp. 464-471.

([28]) Sentencia del Tribunal Supremo belga de 27 de mayo de 1971, asunto Etat belge c. S.A. Fromageries Franco-Suisse Le Ski, J.T., 1971, pp. 473-474.

([29]) Añadió, entre otras cosas, que el artículo 12 del Tratado C.E. "tiene efectos inmediatos [directos] y crea derechos individuales que las jurisdicciones deben salvaguardar", fundamentando la primacía del Derecho comunitario sobre su eficacia directa. Sigue pues, "a pie juntillas" la ortodoxia comunitaria, como resaltan los propios términos empleados que

contrario desfavorable al Derecho internacional puede ser apuntado([30]), cabe concluir con PESCATORE que "más vale una buena jurisprudencia que fórmulas constitucionales ineficaces o ambiguas"([31]).

Esta magistral decisión ha sido retomada por el Tribunal Supremo belga en sentencias ulteriores([32]), así como por jurisdicciones belgas inferiores([33]). Además, ha sido fuente de inspiración del Tribunal Supremo italiano([34]) y de ciertas conclusiones generales ante los tribunales internos([35]).

La actitud del Tribunal Supremo francés ha sido tradicionalmente favorable al Derecho comunitario([36]). Ya en una sentencia de 22 de diciembre de 1970 reconoció la aplicabilidad inmediata de la normativa comunitaria en cuanto no era exigible la publicación nacional por ser suficiente su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades, así como el efecto directo y la primacía de los reglamentos y decisiones sobre leyes anteriores y actos administrativos anteriores y posteriores, si bien invocó el artículo 55 de la Constitución francesa y omitió toda referencia a la naturaleza de las Comunidades, concluyendo que la jurisdicción inferior tenía el deber de inaplicar la norma interna incompatible porque "el principio de territorialidad de las leyes fiscales no puede cuestionar la ley internacional, cuya autoridad debe prevalecer en virtud de la ley constitucional"([37]). Aunque la referencia al Derecho comunitario como Derecho internacional es bastante sintomática de su tradicional

---

traen a la memoria inevitablemente la jurisprudencia de los asuntos VAN GEND EN LOOS y COSTA, y lo hace en ausencia de reglas constitucionales expresas sobre la prevalencia de los tratados internacionales, con lo que se opera "una revisión silenciosa de la Constitución (...) y constituye un giro categórico en relación a una jurisprudencia de más de 40 años" (LOUIS, J.-V., "La primauté du Droit communautaire", op. cit., p. 149).

([30]) Al revés, como señala J.-V. LOUIS da más bien argumentos suplementarios en favor de la primacía del Derecho comunitario apuntalando la homóloga del derecho internacional ("La primauté du droit communautaire", op. cit., p. 150).

([31]) PESCATORE, P., "Notes sur l'arrêt de la Cour de cassation belge du 27 mai 1971", C.D.E., 1971-4/5, p. 584.

([32]) Por ejemplo, sentencias del Tribunal Supremo belga de 14 de enero de 1976, Pas., 1977, pp. 538 ss; 26 de septiembre de 1978, Pas., 1979, pp. 126 ss. Aunque existe una excepción, se ha producido respecto del Derecho internacional y no del Derecho comunitario, en concreto concerniendo un acuerdo bilateral entre Bélgica y Zaire, y según la cual una ley podría impedir la aplicación de un tratado (sentencia del Tribunal Supremo belga de 21 de abril de 1983, R.C.J.B., 1985, pp. 22 ss).

([33]) Por ejemplo, sentencias del Tribunal de Apelación de Bruselas de 1 de marzo de 1974, J.T., 1975, pp. 204 ss; Tribunal de Comercio de Bruselas de 15 de enero de 1976, Jurisprudence commerciale de Belgique, 1977, pp. 128 ss;

([34]) Sentencia del Tribunal Supremo italiano de 6 de octubre de 1972, C.D.E., 1973, pp. 591 ss.

([35]) Verbigracia, las conclusiones del abogado general CABANNES ante el Tribunal de Apelación de París (J.T., 1973, pp. 695 ss) y del procurador general TOUFFAIT ante el Tribunal Supremo francés (Dalloz, 1975, pp. 497 ss). Cabe evocar igualmente la influencia sobre el Gobierno belga, que llegó a manifestar en un asunto ante el Tribunal de Justicia que debería reconocerse en todos los Estados miembros la primacía de los Tratados sobre la Constitución interna, aun cuando no hubiese previsión constitucional expresa (STJCE de 17 de diciembre de 1980, asunto Comisión c./ Bélgica, nº 149/79, rec. 1980, p. 3902).

([36]) Vid., en general, LE TALLEC, G., "La Cour de cassation et le droit communautaire", en L'Europe et le droit. Mélanges en hommâge à Jean BOULOUIS, op. cit., pp. 363 ss.

([37]) Sentencia del Tribunal Supremo galo de 22 de octubre de 1970, asunto Ramel, R.T.D.E., 1970, pp. 750 ss.

enfoque basado exclusivamente en el artículo 55 de la Constitución([38]), su razonamiento fue mejorando paulatinamente([39]) hasta llegar, en el conocido asunto CAFES JACQUES VABRE, a abandonar esta concepción y dar paso también a la primacía sobre la ley posterior, prohibida hasta entonces por la doctrina MATTER([40]).

El asunto recuerda mucho los hechos del caso belga: la sociedad francesa Cafés Jacques Vabre ejerció una acción para la devolución de las tasas pagadas indebidamente por la importación de café soluble en virtud de una ley fiscal de 14 de diciembre de 1966, invocando su contradicción con el artículo 95 del Tratado C.E. Sucesivamente, el Tribunal de primera instancia y el Tribunal de apelación de París dieron la razón al recurrente, basándose en la primacía del tratado sobre la ley interna, de acuerdo con el artículo 55 de la Constitución([41]). El caso llegó finalmente al Tribunal Supremo, cuyo Procurador General TOUFFAIT hizo unas conclusiones remarcables([42]), seguidas en general por la

---

([38]) A la sazón la actitud habitual de las jurisdicciones francesas era basar la primacía del Derecho comunitario sobre la ley anterior en el articulo 55 de la Constitución (por ejemplo, sentencias del Tribunal de Grande Instance de Estrasburgo de 3 de junio de 1965, G.P., 1965, pp. 172 ss; Tribunal Comercial de Marsella de 13 de mayo de 1964, EVERSEN y SPERL, 1964, nº 1526).

([39]) La sentencia del Tribunal Supremo galo de 7 de enero de 1972 invocó también el artículo 189 del Tratado C.E. para justificar el efecto directo de un reglamento comunitario y la aplicación preferente sobre una normativa nacional anterior opuesta (asunto Guerrini, Dalloz, 1972, pp. 497 ss).

([40]) Según esta doctrina, en presencia de una contradicción entre un tratado y una ley ulterior, el juez debe presumir que la ley no ha pretendido contradecir el tratado sino que ha preservado necesariamente su aplicación, de manera que puede hacer que prevalezca el tratado sosteniendo que no tienen exactamente el mismo objeto y que la ley no se aplica en los casos regidos por aquél. Debe aplicar, por tanto, la regla lex specialis derogat generalis. Por el contrario, si el conflicto es manifiesto y tienen un objeto idéntico o la ley ha formalmente pretendido derogar el tratado, el juez ordinario debe aplicar la ley, porque las instituciones judiciales no pueden "conocer más voluntad que la de la ley". En definitiva, el juez debe intentar resolver, por la vía de interpretación, el aparente conflicto entre la ley convencional -que sería un tratado- y la ley interna posterior, y sólo si no fuera posible se aplicaría la ley. En cambio, respecto de la ley anterior no hay problemas puesto que, por la sola fuerza del tratado, cuya ratificación ha tenido que intervenir habitualmente con el acuerdo previo del Parlamento, la ley anterior contraria se encuentra derogada (aplicación, en este caso, del adagio lex posterior derogat priori). Vid., para mayores detalles sobre esta doctrina, las conclusiones del Procurador General MATTER a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1931, Dalloz, 1932, pp. 131 ss; y las del Comisario de Gobierno GENEVOIX a la sentencia del Consejo de Estado de 27 de enero de 1978, Recueil Lébon, 1978, pp. 33 ss.

([41]) Para estas jurisdicciones, el control de la conformidad de una ley posterior con los tratados constitutivos de las Comunidades no implicaba cuestionar la constitucionalidad de la ley puesto que se trataba pura y llanamente de aplicar la Constitución, y no de confrontar la ley con aquélla.

([42]) Inspirándose en el asunto belga LE SKI y siguiendo claramente la jurisprudencia comunitaria que se derivaba de los asuntos COSTA, VAN GEND EN LOOS, WILHEIM y otros, TOUFFAIT invitó al Tribunal Supremo a apoyar la primacía en la naturaleza jurídica misma del orden jurídico comunitario, pese a que -en su opinión- el artículo 55 de la Constitución podría explicar y justificar la prevalecencia en Francia de la norma comunitaria sobre la ley ulterior, porque ello supondría que "es de nuestra Constitución y de ella solamente de la que depende el rango del derecho comunitario en nuestro ordenamiento jurídico interno", con lo que se correría el riesgo de suministrar implícitamente "un argumento no desdeñable a los juristas de los Estados miembros que, a falta de afirmaciones en sus Constituciones sobre la primacía de los Tratados, estarían tentados de deducir una solución inversa" y, sobre todo, que la prevalencia de la regla comunitaria "es un principio inherente" al ordenamiento jurídico de las Comunidades Europeas que se impone de la misma manera en todos los Estados miembros en cuanto "la transferencia operada por los Estados de su orden jurídico interno en beneficio del ordenamiento jurídico comunitario hasta el límite de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del tratado entraña una limitación definitiva de sus derechos soberanos contra la que no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con la noción de Comunidad". Como corolario, TOUFFAIT afirmó que "apoyándose sobre el Tratado y no sobre la Constitución, los tribunales nacionales acuden al Tribunal de Luxemburgo (art. 177 del Tratado CEE), reconociendo así

jurisdicción gala, aunque para justificar la primacía del derecho comunitario actuase salomónicamente, buscando un equilibrio al invocar tanto los Tratados como la Constitución. En efecto, desestimó el recurso de casación de la Dirección General de Aduanas argumentando que:

> "El Tratado de 25 de marzo de 1957, que en virtud del artículo citado [el artículo 55] de la Constitución tiene una autoridad superior a la de las leyes, instituye un orden jurídico propio integrado en el de los Estados; que en razón de esta especificidad, el orden jurídico que él ha creado es directamente aplicable a los nacionales de los Estados miembros y se impone a sus jurisdicciones; que, por tanto, es con buen criterio [en derecho], y sin exceder sus poderes, que el Tribunal de Apelación ha decidido que el artículo 95 del tratado debía ser aplicado en el caso de autos, con exclusión del artículo 265 del Código aduanero, pese a ser este último texto posterior"([43]).

Así pues, hay un reconocimiento expreso de la primacía del Derecho comunitario sobre ley ulterior, que se basa tanto en la finalidad y naturaleza jurídica autónoma del Derecho comunitario (especialmente, en su integración en el derecho francés y su aplicabilidad directa) como en el artículo 55 de la Constitución, y sin poder decidir cuál de los dos argumentos es el preeminente([44]). A pesar del fundamento parcialmente diferente de la primacía, no es tan importante la divergencia como para desmerecer el hecho de que se trata de una consagración solemne de la primacía y de que la utilización combinada del doble argumento (Constitución y especificidad del Derecho comunitario) se ha revelado operativa en la práctica, asegurando las consecuencias más directas de la primacía. Es más, con perfecta adecuación a la ortodoxia comunitaria([45]), admite que la exigencia de la reciprocidad del artículo 55 no se acomoda a las características del Derecho comunitario, pues si el "artículo 55 de la Constitución subordina expresamente la autoridad que confiere

---

que el juez nacional es el juez de derecho común de la aplicación del derecho comunitario". Por ello, todo juez francés es competente, ante un conflicto entre tratados y ley posterior, para descartar la aplicación de la norma interna contraria, "so pena de incurrir en denegación de justicia" (R.T.D.E., 1975-2, pp. 350 ss). Aprovechó de este modo la ocasión brindada por la decisión del Consejo Constitucional de pocos meses antes (15 de enero de 1975) para señalar que la responsabilidad de la aplicación del artículo 55 incumbe a las jurisdicciones ordinarias.

([43]) Sentencia del Tribunal Supremo francés de 24 de mayo de 1975, asunto Cafés Jacques Vabre y Weigel, C.D.E., 1975-3, pp. 631 ss. Con este razonamiento se superan las objeciones, que serán expuestas después, del Consejo de Estado galo respecto a su falta de competencia para dejar inaplicada una ley posterior porque supondría controlar su constitucionalidad, lo que sólo correspondería al Consejo Constitucional. En efecto, esta sentencia descansa sobre la idea de que, no aplicando la ley posterior contraria al Tratado, el juez ordinario no declara esta ley inválida (por inconstitucional) sino que se limita a elegir una norma con preferencia a la otra y respeta subsiguientemente el principio de separación de poderes.

([44]) Vid., en este sentido, LOUIS, J.-V., L'ordre juridique communautaire, op. cit., p. 153.

([45]) STJCE de 13 de noviembre de 1964, asunto Comisión c./ Luxemburgo, nº 90 y 91/63, rec. 1964, pp. 1217 ss.

a los Tratados ratificados por Francia a la condición de su aplicación por la otra parte (...), en el orden jurídico comunitario, las violaciones por un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea de las obligaciones que les incumben en virtud del Tratado de 25 de marzo de 1957, estando sometidos al recurso previsto por el artículo 170 del antedicho Tratado, la excepción de la falta de reciprocidad no puede ser invocada ante las jurisdicciones nacionales"([46]).

Todos estos motivos explican bien por qué ha sido reutilizada esta decisión, aun cuando no falte quien la critique([47]) e incluso haya habido alguna iniciativa parlamentaria frustrada para dejar sin efecto la doctrina CAFES JACQUES VABRE([48]). Cabe señalar además que ha habido casos en que se ha desprendido de la ligera niebla que empañaba su doctrina para sustentar la primacía sobre una ley ulterior basándose exclusivamente en la naturaleza jurídica del Derecho comunitario([49]). Con este planteamiento, el reconocimiento del efecto directo de las directivas no ha planteado problemas particulares([50]).

1.1.2. House of Lords y otras jurisdicciones supremas

La House of Lords, en el asunto GARLAND, reconoció la primacía y el efecto directo del Derecho comunitario, suministrando un ejemplo paradigmático del razonamiento que

---

([46]) La falta de exigencia de reciprocidad debe relacionarse con una decisión del Consejo Constitucional de 30 de diciembre de 1980 (vid. infra para el examen). En general, sobre la exigencia constitucional francesa de la reciprocidad, vid. JACQUE, J.-P., "Réciprocité, droit communautaire et droit interne français", en Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtinisschrift für Léontin-Jean CONSTANTINESCO, op. cit., pp. 325 ss.

([47]) Vid., en especial, ABRAHAM, R., Droit international..., op. cit., pp. 115-117 y 187-188.

([48]) Hubo, en efecto, una iniciativa parlamentaria de modificación del código de organización judicial con vistas a reglar el tema de las relaciones entre derecho comunitario y derecho interno y refutar esta doctrina. El ponente del informe, el diputado del RPR (sr. AURILLAC), entendía "que no puede existir ningún texto, cualquiera que sea su naturaleza, en virtud del cual un tribunal (...) pueda apoyarse para rechazar la aplicación de una ley posterior a dicho tema". Es más, en el tenor de la enmienda se leía también que "los jueces no podrán directa o indirectamente participar en el ejercicio del poder legislativo, ni impedir o suspender la ejecución de las leyes regularmente promulgadas, sea por la razón que sea, todo bajo pena de prevaricación (le tout à peine de forfaiture)". Pese a que fue aprobado en la Asamblea Nacional -no así en el Senado-, el cambio de mayorías que se produjo en Francia tras las elecciones legislativas de 1981 -subieron los socialistas al poder- dejó aparcado el tema. Vid., para mayores detalles sobre el tema, ISAAC, G., "A propos de l'amendement Aurillac: vers une obligation pour les juges d'appliquer les lois contraires aux traités?", G.P., 21-23 diciembre 1980.

([49]) Sentencia del Tribunal Supremo galo de 15 de diciembre de 1975, asunto Von Kempis, R.T.D.E., 1976-4, pp. 727 ss. Vid. en el mismo sentido, sus sentencias de 26 de marzo de 1979, J.Cl.P., 1979, II, nº 19243; 1 de octubre de 1979, J.C.P., 1981, II, nº 19554; 25 de octubre de 1982, R.T.D.C., 1983, pp. 486 ss; 13 diciembre 1985, Bulletin, 1985, pp. 880 ss; 7 de junio de 1988, Bulletin, 1988, pp. 683 ss; 7 de noviembre de 1989, Bulletin, 1989, pp. 183 ss.

([50]) En el asunto RAMEL reconoció los derechos del particular derivados de un reglamento o una decisión. Aunque respecto de las directivas el Tribunal Supremo francés prefería no abordar directamente el problema (así, en una decisión de 1974 optó por aplicar el decreto adoptado para la aplicación de la Directiva de 2 de febrero de 1963 y no la propia directiva: asunto Van Honacker, Bulletin, 1974, pp. 143 ss), desde 1978 reconoce directamente su eficacia directa (sentencia de 20 de marzo de 1978, asunto Smissaert, G.P., 1978, 12 y 13 de julio, pp. 6 ss).

siguen los Lores para intentar construir la legislación del Reino Unido de modo congruente con los principios rectores del Tratado de Roma, en cuanto declaró que la legislación británica que hubiera sido dictada para dar cumplimiento a la normativa comunitaria debía ser interpretada "en la medida de lo posible" de conformidad con la legislación de la CEE([51]). Viene a seguir de este modo el obiter dictum de Lord HAILSHAM cuando, en un asunto anterior de 1979, afirmó que "la obligación de nuestros tribunales, y de los otros Estados miembros, es dar efecto al Derecho comunitario con preferencia al derecho nacional de nuestro propio Estado, sobre el cual prevalece"([52]).

Una decisión de 1988 redunda en esta línea al sostener expresamente que cuando una ley haya sido promulgada a los fines de transponer una directiva comunitaria, un tribunal británico "rara vez tendrá dificultades para concluir que el lenguaje de la ley es efectivo para el fin perseguido" (desarrollar la directiva). Y aun cuando el principio de interpretación conforme al Derecho comunitario de la legislación nacional ulterior fue entendido restrictivamente([53]), entraña una obligación de resultado equivalente a la que se aplica en los derechos de los otros Estados tal como resulta de la jurisprudencia comunitaria (inaplicación de la ley en caso de contradicción con el Derecho comunitario), viniendo en cierto sentido a enmendar la plana a la opinión de Lord DENNING, según la cual, en caso de contravención expresa de la legislación británica con el Derecho comunitario, prevalecería la primera([54]).

A pesar de sus peculiaridades, en su conjunto esta jurisprudencia es meritoria porque sirve para superar las particularidades y los problemas que para el reconocimiento de la

---

([51]) Sentencia de la House of Lords de 22 de abril de 1982, asunto Garland v. Rail Engineering, C.M.L.Rep., 1982, pp. 174 ss. En contra, la opinión disidente de Lord DIPLOCK sostuvo que una disposición nacional expresamente contraria a las obligaciones comunitarias prevalecería, en clara rememoración de lo afirmado por Lord DENNING en el asunto MACARTHYS (vid. infra).

([52]) Citado por SCHERMERS, H. G. y WAELBROECK, D., Judicial Protection..., op. cit., pp. 123-124.

([53]) Sentencia de la House of Lords de 11 de febrero de 1988, asunto Duke, C.M.L.Rep., 1988, pp. 119 ss. Declaró que si bien la jurisprudencia del asunto GARLAND permite llegar a dar una interpretación que se aparte, en cierto modo, del significado natural de las palabras utilizadas por el Parlamento para desarrollar una directiva, la Sex Discrimination Act 1975 no había tenido por fin transponer la Directiva nº 76/207/CEE y, en consecuencia, su sección 6.4, que no contenía ninguna referencia a la jubilación, no podía ser "razonablemente interpretada" ("reasonable construying") para hacer entrar en su ámbito de aplicación la jubilación y responder así a los requerimientos de la Directiva comunitaria tal como había sido interpretada por el Tribunal de Justicia (STJCE de 26 de febrero de 1986, asunto Marshall, nº 152/84, rec. 1986, pp. 723 ss). Esta posición ha sido mantenida en un asunto anterior, aduciendo que la Sex Discrimination Order 1976 para Irlanda del Norte fue dictada con el fin de instituir en Irlanda del Norte las mismas reglas en vigor de Inglaterra, y no para transponer la Directiva 76/207/CEE (sentencia de 17 de mayo de 1990, asunto Finnegan, C.M.L.Rep., 1990, pp. 859 ss). Sobre la influencia que sobre esta línea jurisprudencial puede tener la STJCE de 13 de noviembre de 1990 (asunto Marleasing, nº C-106/89, rec. 1990, pp. I/4135 ss), vid. MEAD, Ph., "The obligation to apply European Law: is Duke dead?", E.L.R., 1991, pp. 490 ss; TANNEY, A., "Webb v. EMO Air Cargo)", C.M.L.Rev., 1992, pp. 1021 ss.

([54]) Sentencia de la Court of Appeal de 19 de julio de 1979, asunto Macarthys, C.M.L.Rep., 1979, pp. 44 ss. En contra, Ch. GREENWOOD sostiene que las resoluciones de la House of Lords en el asunto FACTORTAME dejan expresamente abierta esta posibilidad ("European Community Law", Annual Review. All.E.R., 1990, p. 109).

primacía del Derecho comunitario plantea en el derecho inglés su posición dualista y la teoría de la soberanía del Parlamento británico, conforme a la cual el Parlamento puede hacer todo menos convertir a un hombre en mujer y mujer en hombre([55]), y que implica que tiene la potestad de desvincularse de los actos anteriores de sus precedesores([56]). La cuestión es si, llegado el caso, un nuevo Parlamento llegará a ejercer estas prerrogativas para derogar o modificar la European Communities Act 1972([57]). La tendencia que, por el momento, puede apuntarse es la inversa. Hay asuntos en los que la House of Lords se ha apartado, al interpretar la legislación nacional adoptada para la ejecución del Derecho comunitario, de los principios anglosajones tradicionales que privilegian la interpretación literal en beneficio de una interpretación teleológica conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia([58]). Y siguiendo los principios del Derecho comunitario tal como han sido expresados por la jurisdicción comunitaria, ha "restringido" los poderes del Parlamento británico, llegando a ordenar la inaplicación de una ley contraria al Derecho comunitario en los asuntos FACTORTAME ya comentados.

En esta línea, debe traerse a colación una muy reciente sentencia de 1994. El asunto planteaba si la Employment Protection (Consolidation) Act 1978([59]) constituía una discriminación indirecta por razón de sexo prohibida por el artículo 119 del Tratado C.E. y las Directivas 75/117/CEE y 76/207/CEE, dado que la mayoría de personas que trabajaban

---

([55]) MEDINA, M., La Comunidad Europea y sus principios constitucionales, op. cit., p. 144.

([56]) Una decisión de la House of Lords anterior a la adhesión británica recordó que "pedir que las palabras claras de una ley sean desobedecidas ["disregarded"] en orden a hacer esto [observar "the comity of nations and the established rules of international law"] es verdaderamente una extravagancia a la que esta Cámara no deberá, espero, prestar su oído" (sentencia de la House of Lords de 2 de marzo de 1961, asunto Collco Dealings, All.E.R., 1961, p. 765).

([57]) Sobre las previsiones de la European Communities Act 1972, vid. DREYFUS, F., "Le droit communautaire et le droit britannique interne: les solutions du European Communities Act, du 17 octubre 1972", R.T.D.E., 1973-1, pp. 242 ss; MITCHELL, J., "The Sovereignty of Parliament and Community Law: The Stumbling-Block that is not there", International Affairs, 1979, pp. 33 ss. Este último autor pone de relieve que la regla es plenamente válida respecto de la legislación ordinaria, pero no vale en relación con sucesos políticos mayores, como la Act Union 1707 entre el Reino Unido y Escocia, el Estatuto de Westminster de 1931 y la adhesión del Reino Unido a las Comunidades, pues fue votada por el Parlamento y confirmada por referendum popular dos años después. Vid. también infra la posición de Lord DENNING en la sentencia de la Court of Appeal de 10 de mayo de 1971, asunto Blackburn v. Attorney General, All.E.R., 1971, pp. 1380 ss.

([58]) La House of Lords ha declarado que un tribunal inglés tendrá raramente problemas para interpretar una ley nacional dictada en ejecución de una directiva en conformidad con ella, pero si es ambigua deberá hacer una interpretación constructiva ("a purposive construction") aunque le lleve a "distorsionar el significado" ("to distort the meaning") de las palabras usadas por el Parlamento en la confianza de que, usando ayudas extrínsecas para la interpretación, dará pleno efecto a la verdadera intención del Parlamento (asuntos Pickstone de 1989 y Dry Dock de 1990, citados por ARNULL, A., "When is Pregnancy like an Arthiritic Hip?", E.L.R., 1992, pp. 271-272; KINDER-GEST, P., "Primauté du droit communautaire et droit anglais ou comment concilier l'inconciliable", Revue des Affairs Européennes, 1991, pp. 19 ss; TANNEY, A., "Webb v. EMO Air Cargo", op. cit., p. 1025).

([59]) Esta norma regulaba las condiciones para el reconocimiento de los derechos a no ser despedido injustamente, a una indemnización por despido improcedente y a la prestación de paro, estableciendo condiciones diferentes para el reconocimiento de estos derechos a los trabajadores empleados continuamente en función de que su trabajo semanal fuera inferior o superior a dieciséis horas semanales (dos años si trabajaban más de 16 horas y 5 años si era el trabajo parcial entre ocho y dieciséis horas), e incluso les privaba de los mismos cuando el trabajo parcial era inferior a 8 horas semanales.

más de 16 horas semanales eran hombres y la mayoría de las que trabajaban menos de 16 horas eran mujeres o si, por el contrario, estas diferencias estaban objetivamente justificadas. Tras desestimarse la demanda de los recurrentes ante la High Court y la Court of Appeal, el asunto llegó a la House of Lords que, bajo la pluma de Lord KEITH OF KINKEL, sostuvo que los preceptos de la ley inglesa que establecían diferentes condiciones para obtener el derecho de paro y la indemnización por despido improcedente eran incompatibles con la normativa comunitaria, pues no existían circunstancias objetivas que pudieran justificar esta discriminación indirecta, en razón de lo cual debían ser inaplicadas. Para llegar a esta conclusión, invocó abundante jurisprudencia comunitaria en la materia y, lo que es más interesante desde la perspectiva de la primacía, recordó -para rebatir las objecciones del Secretary of State for Employment respecto a su facultad para inaplicar las leyes internas- que la jurisprudencia asentada en los asuntos FACTORTAME le "permite declarar inaplicable una ley británica" en caso de contradicción con el Derecho comunitario, como era el caso de autos, pues "ciertos preceptos de la legislación primaria del Reino Unido habían sido reputados inválidos [por las partes] para su pretendida aplicación a los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea", y no puede sostenerse que "el control judicial no es disponible a fin de obtener una sentencia sobre la validez de la legislación en la medida en que afecte a los demandantes"([60]). A pesar de que la decisión no sea de corte tan revolucionario, pues no declaró inválida la legislación británica, supone un paso importantísimo hacia el pleno reconocimiento de la primacía del Derecho comunitario dada la confirmación de la línea jurisprudencial progresista que contiene, y su extensión al reconocer el poder de los jueces británicos de controlar en abstracto y con carácter general las leyes del Parlamento británico por su contradicción con las disposiciones del Derecho comunitario, y de ahí que haya sido calificada como "un paso capital en el Derecho constitucional británico"([61]).

Las demás jurisdicciones británicas superiores han aceptado también la primacía y el efecto directo. Así, la High Court ha declarado que, por mor de la European Communities Act 1972, el Tratado de Roma y el Derecho derivado devienen parte del derecho interno y en caso de conflicto la ley de adhesión requiere que prevalezca el Derecho

([60]) Sentencia de la House of Lords de 3 de marzo de 1994, asunto Secretary of State for Employment v. Equal Opportunities Commission, texto inédito, espec. pp. 7-8.

([61]) Sin perjuicio de que no se compartan todas sus opiniones, vid., para su comentario, GARCIA DE ENTERRIA, E., "Un paso capital en el derecho constitucional británico: el poder de los jueces para enjuiciar en abstracto y con alcance general las leyes del Parlamento por su contradicción con el Derecho comunitario (Sentencia EQUAL OPPORTUNITIES COMMISSION de la Cámara de los Lores de 3 de marzo de 1994", R.I.E., 1994-3, pp. 721 ss.

comunitario([62]). Los organismos nacionales asimilados a una jurisdicción nacional a efectos del artículo 177 recalcan esta idea([63]). De hecho, pocas han sido hasta ahora las declaraciones preocupantes y sin que se pueda hablar de ningún caso límite de conflicto([64]).

De las otras jurisdicciones supremas de los Estados miembros, cabe mencionar que el Tribunal Constitucional portugués, refiriéndose a la adhesión de la República portuguesa a las Comunidades y al artículo 8 de la Constitución, resaltó en el marco de un recurso de constitucionalidad contra un reglamento del Gobierno portugués relativo a la aplicación al territorio nacional de las disposiciones comunitarias sobre el F.E.D.E.R., que el Reglamento (CEE) nº 1787/84, de 19 de junio, del Consejo, era directamente aplicable en el orden jurídico interno. Y añadió que las directivas "no tienen efectos directos en el derecho interno portugués si no otorgan derechos a los particulares"([65]).

A su vez, el Tribunal Supremo italiano ha aducido la peculiaridad del sistema C.E. por la limitación de soberanía para justificar los principios básicos del Derecho comunitario. Tras recordar expresamente que la jurisprudencia comunitaria ha reconocido el efecto directo del artículo 95.3 del Tratado C.E., en un fundamento bien significativo se afirma que "hay que tener presente, naturalmente, la peculiaridad del sistema C.E.E., que entraña, en líneas generales, una limitación de la soberanía de los Estados adherentes, particularmente sobre el plano legislativo, que es mucho más intensa que la resultante de la adhesión al acuerdo G.A.T.T., en el sentido de una notable subordinación del ordenamiento nacional a la norma comunitaria y de su primacía, en caso de conflicto, sobre las disposiciones del ordenamiento nacional, al menos sobre las normas nacionales preexistentes. Y es también característico y significativo que el Tribunal de Justicia haya reconocido (...) que la dificultad de suplir con

---

([62]) Sentencia de la High Court de 19 de abril de 1973, asunto Esso Petroleum, C.M.L.Rep., 1973, pp. 665 ss. En la sentencia de 7 de noviembre de 1973 fue señalado que la European Communities Act 1972 "ha establecido que el derecho del Mercado común debe aplicarse en Inglaterra y, en caso de conflicto, debe ser superior al derecho inglés" (asunto Aero Zipp Fasteners, C.M.L.Rep., 1973, p. 820); y la sentencia de 10 de abril de 1990 indicó que para que las autoridades locales encargadas de aplicar la ley puedan obtener en justicia una "injonction" de modo a reprimir las aperturas ilícitas de establecimientos comerciales se precisa que en el curso del proceso sea establecido que la ley nacional no es contraria al Derecho comunitario (asunto Q & B, C.M.L.Rep., 1990, pp. 377 ss). Vid. también sus sentencias de 1 de julio de 1988, C.M.L.Rep., 1989, pp. 917 ss; 15 de febrero de 1989, C.M.L.Rep., 1989, pp. 712 ss; 16 de marzo de 1989, C.M.L.Rep., 1989, pp. 429 ss; 14 de mayo de 1990, C.M.L.Rep., 1990, pp. 501 ss.

([63]) Así, la Social Security Commissioner declaró, entre otras cosas, que en ausencia de medidas de nacionales de aplicación, las personas físicas o jurídicas podían prevalecerse de la Directiva 79/70/CEE desde el 23 de diciembre de 1984 para impedir la aplicación de toda disposición nacional contraria a la directiva, por lo que las mujeres tenían el derecho a ser tratadas como hombres y ser regidas por las mismas normas en situaciones similares (decisión de 6 de abril de 1989, asunto Re Invalid Gare Allowance, C.M.L.Rep., 1989, pp. 205 ss).

([64]) Vid. infra apartado 2 las posiciones de la Court of Appeal.

([65]) ATC portugués nº 184/1989, de 1 de febrero de 1989, asunto Reglamento de aplicación del FEDER, Diário da República, I, 57, de 9 de marzo de 1989.

un pronunciamiento jurisdiccional las lagunas dejadas por el legislador en el campo tributario y de superar la complejidad de determinadas situaciones, no impide la aplicación directa de principio comunitario de no discriminación". Y se declara a continuación la "eficacia absorbente y exclusiva" del artículo 95 del Tratado C.E. "a partir del 1 de enero de 1962", de manera que desde tal fecha "tal norma del Tratado de Roma constituye derecho interno del Estado italiano sin ninguna limitación y sin ninguna condición de compatibilidad con la legislación preexistente, habiendo adquirido eficacia inmediata y automática y creado derechos subjetivos en el ordenamiento interno directamente en favor de los particulares sin necesidad de intervención de un específico procedimiento de adaptación legislativo". En consecuencia, reconoció en el caso la primacía del Derecho comunitario sobre la normativa legal en el ámbito fiscal anterior incompatible y casó parcialmente la sentencia del Tribunal de Apelación porque no había aplicado directamente el antedicho artículo 95([66]). Dejando de lado por el momento los problemas de compatibilidad con una decisión ulterior del Tribunal Constitucional que esta solución suscitó([67]), es tanto más interesante su posición que, respecto del Derecho comunitario, superar el dualismo típico que rige respecto de otras normas internacionales([68]).

Finalmente, en fechas relativamente recientes, el Consejo de Estado griego se ha pronunciado en favor de la primacía sobre el derecho nacional contrario y el efecto directo de las directivas comunitarias, aprovechando la ocasión que se le brindaba para plantear por primera vez cuestiones prejudiciales([69]).

1.2. El caso particular de Irlanda

Ninguna otra jurisdicción ha llegado tan lejos como las dos jurisdicciones superiores irlandesas. La Supreme Court sostuvo que el Derecho comunitario tenía la misma fuerza y efectos supremos de los preceptos constitucionales ("Community Law (...) also has the paramount force and effect of constitutional provisions"([70])). A su vez, la High Court irlandesa, en un asunto que planteaba delicadas cuestiones constitucionales porque estaba en

---

([66]) Sentencia del Tribunal Supremo italiano de 8 de junio de 1972, Foro it., 1972, pp. 1963 ss.

([67]) STC italiano nº 232/1975, de 30 de octubre (R.T.D.E., 1976-2, pp. 396 ss.

([68]) Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 7 de abril de 1971, Foro it., 1971, col. 3013 ss.

([69]) Sentencias del Consejo de Estado griego de 25 de mayo de 1989, planteando cuestiones prejudiciales (STJCE de 30 de mayo de 1991, asunto Marina Karella, nº C-19 y 20/90, rec. 1991, pp. I/2691 ss).

([70]) Sentencia de la Supreme Court irlandesa de 29 de marzo de 1985, asunto Doyle v. Taoiseach, Irish Law Reports Monthly, 1986, pp. 693 ss.

juego la tradición católica irlandesa en relación con el aborto([71]), defendió la prevalencia del Derecho comunitario sobre cualquier ley irlandesa con la que pudiera entrar en conflicto, incluida la Constitución: textualmente, el juez único, COSTELLO Justice, afirmó que "the Irish Courts must enforce Community Law. If that Law conflicts with Irish Law, including Irish Constitutional Law, then Community Law prevail"([72]). Sin embargo, a continuación descartó que hubiese un conflicto, pues consideró que la prohibición del aborto por el artículo 40.3 de la Constitución irlandesa era un problema de orden público que estaba justificado por el artículo 56 del Tratado C.E. como derogación a la libertad de prestación de servicios de los artículos 59 y 60 del Tratado y permitía una orden de restricción del derecho de desplazamiento de un nacional comunitario a otro Estado miembro con la finalidad de recibir los servicios del aborto([73]), dictando en consecuencia una orden de aplicación inmediata que prohibía viajar al extranjero durante 9 meses a la menor de 14 años violada para no ser beneficiaria de los servicios de interrupción del embarazo([74]).

No deja de ser sorprendente que, al lado de una afirmación tan rotunda como la primacía del Derecho comunitario sobre la Constitución, pueda coexistir un resultado tan incorrecto como es declarar que el Derecho comunitario autoriza la restricción de desplazamiento para impedir la prestación de un servicio de interrupción del embarazo([75]). El asunto ha dejado

---

([71]) Hay que tener en cuenta que el aborto ha estado siempre prohibido en Irlanda, primero por la Common Law y despúes por la ley y, desde la enmienda constitucional de 1983 aprobada por referéndum, por la propia Constitución irlandesa (artículo 40.3).

([72]) Sentencia de la High Court irlandesa de 17 de febrero de 1992, asunto Attorney General v.X, C.M.L.Rep., 1992, p. 286. Sin llegar a este extremo, pero reconociendo la primacía y el efecto directo del Derecho comunitario, vid. la sentencia de la High Court de 30 de junio de 1978, E.L.R., 1982, pp. 334 ss; y el auto de la Supreme Court irlandesa dictado en el asunto Pesca Valentia, Irish Law Reports, 1985, pp. 193 ss. Vid. igualmente la interpretación amplia dada al artículo 29.4 de la Constitución por la High Court en el asunto Lawlor (Irish Law Reports Monthly, 1988, pp. 418 ss).

([73]) Para ello invocó la jurisprudencia comunitaria relativa a los principios de orden público como excepción a la libre circulación de trabajadores (y, en especial, se refirió a la STJCE de 27 de octubre de 1977, asunto Bouchereau, nº 30/77, rec. 1977, pp. 1999 ss), deduciendo que tales principios "se aplican igualmente a la libertad de prestación de servicios y que en la materia existe un amplio margen de discrecionalidad en favor de los Estados miembros" que justificaría tales medidas restrictivas.

([74]) Sentencia de la High Court irlandesa de 17 de febrero de 1992, Attorney General v. X, C.M.L.Rep., 1992, pp. 280ss.

([75]) El Tribunal de Justicia había declarado pocos meses antes, a petición de esta misma jurisdicción, que la interrupción médica del embarazo, practicada con arreglo a la normativa del Estado donde se realizase, era un servicio en el sentido del artículo 60 del Tratado C.E. En este mismo asunto, quizá cediendo a los problemas que podrían plantearse para la ejecución de su sentencia (vid. sobre el tema Capítulo III, apartado 3.3), precisó también que el Derecho comunitario no se oponía a que un Estado miembro en el que se prohibiese la interrupción médica del embarazo impidiese a las asociaciones de estudiantes difundir informaciones sobre la denominación y emplazamiento de clínicas establecidas en otro Estado miembro en las que se practicase legalmente la interrupción voluntaria del embarazo, y sobre los medios de entrar en contacto con dichas clínicas, cuando éstas últimas no fueran en modo alguno responsables de la difusión de dichas informaciones (STJCE de 4 de octubre de 1991, asunto Society for the Protection of Unborn Children Ireland c. Grogan, nº C-159/90, rec. 1991, pp. I/4739-4741). Y es que, como el propio Tribunal de Justicia evoca en este asunto, ciertas decisiones judiciales internas, incluida una de la Supreme Court de 16 de marzo de 1988, habían decidido que tales actividades eran ilegales con arreglo al artículo 40.3 de la Constitución y ordenaron a las demandadas que se abstuvieran de realizar tales actividades. Además, las partes demandadas en tales asuntos internos habían presentado el asunto ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, que acordó la admisión de la demanda por decisión de 15 de mayo de 1990 (rec. 1991, pp. I/4687, 4704-4705 y 4735). Pero el Tribunal de Justicia no dijo en esta sentencia, como tampoco en las otras que citó la High Court de Dublín,

algunas secuelas a raíz de la decisión dictada en apelación por la Supreme Court irlandesa([76]).

1.3. Otras jurisdicciones nacionales

Existen muchísimas otras decisiones de las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros que basan la primacía y el efecto directo en la naturaleza específica del Derecho comunitario. Así, el Tribunal de Apelación de París los fundamentó citando los artículos 5, 189.2 y 219 del Tratado C.E.([77]) y el Tribunal civil de Milán el artículo 189 del Tratado C.E. y la sentencia DA COSTA([78]); el Juez de paz de Amberes se refirió a la diferente naturaleza y valor intrínseco del Derecho comunitario([79]) y el Tribunal Correcional de Luxemburgo a su diferencia con el Derecho internacional([80]). El Tribunal de Apelación de Bruselas aludió al carácter de ley supranacional del Derecho comunitario([81]). Y, en fin, el Tribunal de Apelación de Versalles adujo la aplicación plena y uniforme del Derecho comunitario([82]).

---

que la noción de orden público permita la restricción de la libertad de desplazamiento para los servicios de interrupción voluntaria del embarazo. Vid. un análisis de la decisión de la jurisdicción comunitaria, con algunas referencias a la situación irlandesa, O'LEARY, S., "The Court of Justice as a Reluctant Constitutional Adjudicator: an Examination of the Abortion Information Case", E.L.R., 1992, pp. 138 ss.

([76]) En efecto, aunque anuló la sentencia de la High Court por entender que el riesgo de vida de la madre había sido minusvalorado y autorizó el viaje al extranjero, lo hizo sobre la base exclusiva del artículo 40.3 de la Constitución y sin tener en cuenta para nada el Derecho comunitario relevante (artículos 59 y siguientes del Tratado de Roma); y como quiera que falló el caso exclusivamente sobre la base del derecho interno, alegó, en relación con el artículo 177.3 del Tratado C.E., que cuando un caso juzgado ante una jurisdicción suprema puede ser y es decidido aplicando únicamente derecho nacional y, por tanto, sin aplicar el Derecho comunitario relevante [refiriéndose a los artículos 56 y 59 del Tratado C.E.], no existe ninguna obligación de plantear cuestión prejudicial sobre problemas de Derecho comunitario (sentencia de la Supreme Court irlandesa de 5 de marzo de 1992, asunto Attorney General c. X, C.M.L.Rep., 1992, pp. 289 ss). Como ya se expuso supra (capítulo IV, apartado 3), estas afirmaciones, en el marco del caso concreto donde se hicieron, no son en modo alguno ciertas porque el Derecho comunitario era y debía ser aplicado, de manera que desconoció la jurisprudencia comunitaria tanto sobre el artículo 177.3 del Tratado como respecto de la libre prestación de servicios y, en especial, la decisión que en el asunto similar se había dictado pocos meses antes (STJCE de 4 de octubre de 1991, asunto Society for the Protection of Unborn Children Ireland c. Grogan, nº C-159/90, rec. 1991, pp. I/4685 ss).

([77]) Auto del Tribunal de Apelación de París de 7 de julio de 1965, asunto Société Technique Minière, R.T.D.E., 1965-3, pp. 501 ss.

([78]) Sentencia del Tribunal civil de Milán de 9 de abril de 1970, asunto Soc. Lavorazione Internazionale, Il Foro padano, 1971, pp. 74 ss. Sobre estas bases, reconoció subsiguientemente la eficacia directa de los reglamentos, que excluye la aplicación, en caso de conflicto, de normas nacionales anteriores, dada la pérdida de competencias del legislador interno.

([79]) Sentencia del Juez de Paz de Amberes de 24 de diciembre de 1968, asunto Fonds social des ouvriers diamantaires, R.T.D.E., 1969-2, pp. 324 ss.

([80]) Sentencia del Tribunal correccional de Luxemburgo de 20 de febrero de 1970, EVERSEN y SPERL, 1971, nº 4341; 29 de mayo de 1973, EVERSEN y SPERL, 1970, nº 1245.

([81]) Sentencia del Tribunal de Apelación de Bruselas de 31 de octubre de 1968, asunto Bayert, J.T., 1969, p. 120. Aunque sin relación directa con el Derecho comunitario, vid. la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Luxemburgo de 14 de julio de 1954, asunto Chambre des Métiers, J.T., 1954, pp. 694 ss.

([82]) Sentencia del Tribunal de Apelación de Versalles de 11 de diciembre de 1981, R.T.D.E., 1982-1, pp. 207 ss.

Huelga comentar más casos en esta línea([83]), si bien debe reseñarse que hay decisiones que han reconocido estos principios sin aportar ninguna razón explícita([84]), y sobre otros fundamentos, como el adagio lex posterior derogat priori([85]), la ley de adhesión ([86]), un precepto constitucional([87]) y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de su jurisdicción constitucional([88]).

2.- PROBLEMAS ESPECIFICOS PLANTEADOS POR ALGUNAS JURISDICCIONES SOBRE LA PRIMACIA Y EL EFECTO DIRECTO

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, existen algunas hipótesis en las que las jurisprudencias nacionales dejan que desear, mostrando reticencias e incluso enfrentamientos claros con los principios asentados por el Tribunal de Justicia. En relación con la primacía, ocurre especialmente respecto a la ley ulterior y la Constitución, y plantea la cuestión de los límites constitucionales a la atribución de competencias a la Comunidad y de su control judicial interno. Respecto del efecto directo, los problemas se han suscitado casi exclusivamente en relación con las directivas comunitarias no transpuestas.

([83]) En esta línea de fundar la primacía y el efecto directo sobre las particularidades del orden jurídico comunitario, vid. las sentencias del Consejo de Estado belga de 7 de octubre de 1968, EVERSEN y SPERL, 1968, nº 3311; Consejo de Estado luxemburgués de 21 de noviembre de 1984, Pas. lux., 1984, pp. 174 ss; 13 de diciembre de 1988, Pasicrisie Lux., 1988, pp. 296 ss; Tribunal de Apelación de Aix-en-Provence de 7 de julio de 1976, G.P., 1977, nº 126; Tribunal de Apelación de Bruselas de 7 de enero de 1969, Pas., 1969, II, pp. 74 ss; Tribunal de Apelación de Lyon de 30 de noviembre de 1978, Dalloz, 1979, pp. 371 ss; Tribunal de Apelación de Milán de 12 de mayo de 1972, C.D.E, 1972-6, pp. 692 ss; 23 de marzo de 1973, EVERSEN y SPERL, 1973, nº 217; Tribunal de Apelación de Mons de 31 de enero de 1979, Pas., 1979, II, pp. 43 ss; Tribunal de Apelación de París de 17 de marzo de 1971, EVERSEN y SPERL, 1972, nº 4824; 7 de julio de 1973, Dalloz, 1974, pp. 159 ss; Tribunal Civil de Brescia de 18 de marzo de 1971, EVERSEN y SPERL, 1972, nº 4826 y 4981; 16 de diciembre de 1971, EVERSEN y SPERL, 1972, nº 4984; Tribunal Civil de Milán de 28 de septiembre de 1964, EVERSEN y SPERL, 1964, nº 1532; Tribunal Correccional de París de 8 de enero de 1971, EVERSEN y SPERL, 1971, nº 4350; Tribunal de Colmar de 15 de noviembre de 1967, G.P., 1968, nº 115-117; 31 de octubre de 1968, EVERSEN y SPERL, 1969, nº 3476; Tribunal Superior de Justicia luxemburgués de 2 de diciembre de 1970, EVERSEN y SPERL, 1970, nº 3901; y el auto del Pretore de Roma de 11 de marzo de 1964, EVERSEN y SPERL, 1964, nº 1521.

([84]) Por ejemplo, sentencias del Consejo Central de Apelación holandés de 14 de febrero de 1984, C.D.E., 1992-1/2, p. 167; Consejo de Estado belga de 29 de noviembre de 1989, Recueil des arrêts du Conseil d'Etat, 1989, nº 33473; 12 de junio de 1990, Revue du notariat belge, 1990, pp. 499 ss; Tribunal de Apelación de Bruselas de 23 de abril de 1990, J.T., 1991, pp. 150 ss; Tribunal de Apelación de París de 26 de enero de 1963, EVERSEN y SPERL, 1963, nº 1241; Tribunal de Comercio de Marsella de 13 de mayo de 1964, EVERSEN y SPERL, 1964, nº 1526; Tribunal de Apelación de Versalles de 27 de abril de 1981, C.D.E., 1982-2/3, pp. 305 ss; Tribunal de la Haya de 13 de mayo de 1984, C.D.E., 1992-1/2, p. 82; Hoge Raad de 20 de febrero de 1985, C.D.E., 1991-1/2, p. 58. Vid. también las decisiones de la Comisión Tributaria de primera instancia de Florencia de 22 de septiembre de 1987, Bolletino Tributario, 1988, pp. 734 ss; Comptroller of the Patent Office de 21 de febrero de 1975, C.M.L.Rep., 1976, pp. 491 ss.

([85]) Sentencia del Tribunal Civil de Tongeren de 24 de noviembre de 1967, C.M.L.Rep., 1972, pp. 48 ss.

([86]) Sentencia de la High Court de 19 de abril de 1973, C.M.L.Rep., 1973, pp. 665 ss.

([87])Sentencias del Tribunal de Grande Instance de Estrasburgo de 3 de junio de 1965, G.P., 1965, pp. 172 ss; Tribunal Comercial de Marsella de 13 de mayo de 1964, EVERSEN y SPERL, 1964, nº 1526.

([88]) Sentencia del Tribunal de Turín de 11 de abril de 1985, Riv.Dir.I., 1987, pp. 943 ss.

2.1. Primacía del Derecho comunitario y ley ulterior([89])

2.1.1. Consejo de Estado francés

La posición tradicionalmente más reticente respecto de la primacía del Derecho comunitario sobre la ley posterior([90]) ha sido la del Consejo de Estado francés desde que, en el conocido asunto de los FABRICANTES DE SEMOLA de 1968, viniera a refutar este principio([91]), aun sin pronunciarse formalmente: al aplicar una normativa francesa ulterior

---

([89]) Aunque en Dinamarca aún se debate, a falta de jurisprudencia, sobre la primacía del Derecho comunitario sobre la ley, así como sobre la Constitución cuando los derechos fundamentales estén en juego, la cuestión no será tratada precisamente por tal motivo. Vid., sobre el tema, HOLSTEIN, H. (von), "Le droit communautaire dans le système juridique danois", pp. 963 ss.

([90]) Respecto de la ley anterior no ha habido problemas para el reconocimiento de la primacía del Derecho comunitario (sentencia del Consejo de Estado galo de 25 de febrero de 1977, asunto Soules, Recueil Lébon, 1977, pp. 116 ss), pudiendo incluso citarse una decisión de 22 de diciembre de 1961 en la que reconocía la primacía de un acto de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo sobre una ley francesa anterior, invocando el artículo 55 de la Constitución y el adagio lex posterior derogat priori (G.P., 1961, pp. 22 ss). Tampoco han habido problemas respecto de los actos administrativos, anteriores o posteriores, llegando en este punto el Consejo de Estado francés a invocar de oficio la violación por un acto administrativo de un reglamento comunitario (sentencia de 10 de julio de 1970, asunto Synacomex, Recueil Lébon, 1970, pp. 477 ss). En fin, respecto de los decretos adoptados en aplicación de leyes francesas, hoy en día no parecen existir problemas (vid. infra la explicación de la teoría de la pantalla protectora de la ley).

Si se pasa de las afirmaciones generales sobre el Derecho comunitario al examen del reconocimiento de la primacía de sus categorías normativas y se confronta con lo que es propiamente la competencia del Consejo de Estado francés (disposiciones de naturaleza administrativa, sean de alcance general o particular), resulta que esta jurisdicción lleva a cabo respecto de los tratados, un control de regularidad de su introducción en el orden jurídico francés que tiende a una verificación formal de la existencia de la ratificación y del decreto de publicación, pero no de la regularidad de los procedimientos (sentencia de 13 de julio de 1965, asunto Société Navigator, Recueil Lébon, 1965, pp. 423 ss), de manera que sus disposiciones no necesitan ser retomadas por una ley en términos idénticos para desplegar sus efectos e imponerse sobre una normativa nacional en caso de contradicción (sentencia de 13 de noviembre de 1974, asunto Syndicat des Fabricants d'explosifs et des produits accesoires, Recueil Lébon, 1974, pp. 554 ss), que asegura la legalidad de las disposiciones administrativas conformes adoptadas para su aplicación (sentencia de 18 de enero de 1974, asunto Union des Minotiers de la Champagne, Recueil Lébon, 1974, pp. 39 ss) y que la violación de los Tratados debe ser sancionada por la anulación (sentencia de 20 de octubre de 1976, asunto Syndicat national des Industries de l'alimentation humaine, Recueil Lébon, 1976, pp. 426 ss). Respecto de los reglamentos, si bien en un primer momento el Consejo de Estado francés se fundó para reconocer su primacía sobre la subordinación normativa de un decreto a una ley (sentencia de 15 de febrero de 1967, R.T.D.E., 1967, pp. 681 ss), posteriormente se ha basado directamente en el artículo 189.2 del Tratado de Roma (sentencia de 18 de enero de 1974, asunto Union des Minotiers de la Champagne, Recueil Lébon, 1974, pp. 39 ss), puesto que, en virtud de este precepto, se integran desde su publicación en el orden jurídico interno (sentencia de 22 de diciembre de 1978, asunto Syndicat viticole des Hautes Graves de Bordeaux, Recueil Lébon, 1978, pp. 256 ss). Y, retomando los criterios de la jurisprudencia comunitaria, la jurisdicción contencioso-administrativa suprema gala asegura también la primacía y aplicabilidad directa de las decisiones comunitarias sin ningún problema (sentencia de 3 de febrero de 1975, asunto Rabot, Recueil Lébon, 1975, pp. 21 ss). En fin, respecto de las directivas, el Consejo de Estado ha reconocido el derecho de verificar la legalidad de las medidas reglamentarias y administrativas adoptadas para su aplicación (sentencia de 22 de diciembre de 1978, asunto Cohn Bendit, R.T.D.E., 1979, pp. 155 ss), pero se han planteado problemas respecto a la eficacia directa y, por ende primacía, de las directivas no transpuestas, que por la extensión que requiere su explicación son tratados infra.

([91]) En general, sobre la evolución del Consejo de Estado francés en relación con la primacía del Derecho Comunitario, vid. BONICHOT, J.-Cl., "Convergences et divergences entre el Conseil d'Etat et la Cour de justice des Communautés européennes", pp. 579 ss; GALMOT, Y., "El Consejo de Estado francés y el control de la conformidad de las leyes a los

sobre el régimen aduanero (en concreto, una orden con fuerza de ley, de 19 de septiembre de 1962, que permitía la importación, en las condiciones aduaneras anteriores a la independencia de Argelia, de ciertas cantidades de sémola de ese país) que impedía la aplicación del régimen de preexacción previsto por el Reglamento comunitario de 4 de abril de 1962 (que imponía un derecho aduanero a este tipo de importación de terceros Estados en la Comunidad y por lo que le era contraria), negó tácitamente la primacía del Derecho comunitario. El Consejo de Estado, sin invocar el artículo 55 de la Constitución, ni referirse tampoco a la jurisprudencia COSTA ni a la naturaleza de las Comunidades, siguió las conclusiones del Comisario de Gobierno QUESTIAUX([92]), y declaró que no podía controlar la conformidad de la "ley" (en el caso, una orden con valor de ley) con el reglamento comunitario porque el juez "no puede modificar por su sola voluntad su lugar en las instituciones. No puede censurar ni desconocer una ley", haciendo prevalecer en consecuencia la ley ulterior([93]). Aunque no lo diga, está aplicando la doctrina MATTER antes expuesta, considerando que el artículo 55 de la Constitución sólo le permite que prevalezca el Derecho comunitario sobre las leyes anteriores o disposiciones de naturaleza inferior anteriores o posteriores, pero en caso de conflicto manifiesto del Tratado con una disposición legal ulterior, ésta prevalecería. Sin perjuicio de que no deba olvidarse que, en este asunto, subyacían fuertes connotaciones políticas, dada la entonces reciente independencia argelina, una sentencia dictada pocas semanas después mantuvo el mismo razonamiento a propósito de un conflicto entre un acuerdo internacional no comunitario (los llamados "acuerdos Evian sobre Argelia")([94]), mostrando además que medía con el mismo rasero a los acuerdos comunitarios e internacionales.

De evidentes que son huelgan las críticas a esta línea jurisprudencial tan reacia y que tanta conmoción causó en las esferas francesas y comunitarias([95]). Basta con destacar que, de la misma manera que el Consejo de Estado se niega a inaplicar una ley interna ulterior contraria al Derecho comunitario por entender que implica negar la validez constitucional de

---

Tratados", R.I.E., 1990-1, pp. 9 ss; NGUYEN VAN TUONG, "L'ordre juridique international et la jurisprudence du Conseil d'Etat de France. Conseil d'Etat de France, 19 avril 1991, Hamid Belgacem c. Ministre de l'Intérieur", C.D.E., 1991-5/6, pp. 551 ss.

([92]) El Comisario de Gobierno estimaba que preferir el tratado a la ley, en virtud del artículo 55, implicaba librarse a un control de constitucionalidad de la ley que, expresamente la Constitución en su artículo 61, ha confiado al Consejo Constitucional con exclusividad y no, a contrario, a los jueces ordinarios, cuya misión "es la subordinada de aplicar la ley" (A.J.D.A., 1968, p. 235).

([93]) Sentencia del Consejo de Estado francés de 1 de marzo de 1968, asunto Syndicat général des semoules de France, R.T.D.E., 1968, pp. 388 ss.

([94]) Sentencia del Consejo de Estado francés de 19 de abril de 1968, asunto Heid, Recueil Lébon, 1968, pp. 243 ss.

([95]) Vid., entre otros, los comentarios críticos de COLLIARD, C. A., "Le juge administratif français et le droit communautaire", op. cit., pp. 187 ss; DUBOUIS, L., "Le juge administratif français et les règles du droit international", A.F.D.I., 1971, pp. 3 ss. Vid. también los autores citados infra con ocasión del examen del asunto NICOLO.

la ley y, por tanto, reputarla inconstitucional, puede defenderse que tal inaplicación consiste simplemente en escoger entre dos normas opuestas cuál de ellas debe recibir aplicación, pues se trataría sólo de un control de conformidad de la ley al tratado. Las diferencias entre control de constitucionalidad de leyes (control de validez) y control de conformidad de leyes a los tratados (control de aplicabilidad), y las consecuencias (el primero conduce a una declaración de inconstitucionalidad con efecto absoluto, pues la ley censurada desaparece del ordenamiento jurídico, y el segundo a una decisión de efecto relativo, toda vez que la ley no es invalidada sino simplemente suspendida su aplicación a un caso, pero pudiendo volver a desplegar sus efectos en caso de caducidad del tratado o de no respeto de la exigencia de reciprocidad), han sido bien expuestas por NGUYEN QUOC DINH([96]), y su posición es acertada aunque no tenga un carácter tan absoluto como parece([97]). Si el juez administrativo no procede a este control, priva al artículo 55 de la Constitución de todo efecto útil, pues desconoce la jerarquía normativa que consagra y destruye el principio del monismo jurídico formalmente establecido por ella([98]).

Sin embargo, esta posición fue expresa e íntegramente confirmada después, y en especial en sendos asuntos relativos al régimen electoral, en los que se pretendía indirecta pero

---

([96]) NGUYEN QUOC DINH, "Note sous décision du Conseil constitutionnel nº 74-54 DC, du 15 janvier 1975", A.J.D.A., 1975, pp. 859 ss y espec. pp. 867 ss. Sin embargo, el tema es controvertido en la doctrina. Algunos autores le apoya, señalando que no implica un control constitucional (GARCIA DE ENTERRIA, E., La batalla por las medidas cautelares, op. cit., pp. 55-56; NGUYEN VON TUONG, "L'ordre juridique international...", op. cit., p. 552)) y otros afirman que implica una censura de validez constitucional (ABRAHAM, R., Droit international..., op. cit., pp. 116-117). Vid. también RITLENG, D., Le Conseil Constitutionnel et le droit communautaire, Memoire de DEA, Estrasburgo: Université Robert Schuman Strasbourg III, 1989, pp. 58-61; conclusiones generales del Comisario de Gobierno FRYDMAN en el asunto Nicolo, R.I.E., 1989-3, pp. 1017 ss; y para un análisis retrospectivo de la jurisprudencia del Consejo de Estado por la que declaraba inoperante los motivos deducidos de la inconstitucionalidad de una ley, VENEZIA, J.-Cl., "La loi, le juge et la Constitution", en L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean BOULOUIS, op. cit., pp. 505 ss.

En la jurisprudencia constitucional las cosas tampoco están claras. Mientras el Consejo Constitucional francés (Decisión nº 75-54, de 15 de enero de 1975, C.D.E., 1975-3, pp. 606 ss) y el Tribunal Constitucional español (STC nº 28/1991, de 14 de febrero, B.J.C. nº 119, pp. 15 ss) sostienen que no hay inconstitucionalidad y, por tanto, no puede llevarse a cabo un control de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional italiano ha evolucionado en la materia, pasando de considerar que implica un control de constitucionalidad que sólo puede ser llevado a cabo por él (STC italiano nº 232/1975, de 30 de octubre, R.T.D.E., 1976, pp. 396 ss) a admitir que el juez nacional está habilitado para efectuar la verificación de la ley respecto de un reglamento, siendo en este supuesto inadmisible el control de constitucionalidad, pero reservándose tal control si la ley ulterior viola conscientemente el Tratado, dado que en este caso se vulneraría el artículo 11 de la Constitución (STC italiano nº 170/1984, de 8 de junio, C.D.E., 1986-1/2, pp. 185 ss).

([97]) En efecto, la distinción entre control de constitucionalidad de las leyes, que equivaldría a un control de validez, y control de conformidad de las leyes a los tratados, que supone un control de aplicabilidad, no tiene un alcance tan absoluto como defienden sus partidarios porque apartar una ley por ser contraria a un tratado supone en cierto modo censurar el texto que se aparta por contradecir lo dispuesto por una norma superior, con lo que el control que el juez se ve llevado a realizar supera el estadio de la simple elección de la norma aplicable -puesto que lo reputa inválido- para acercarse al del control constitucional, aunque no sea propiamente tal, dado que difícilmente dejara de considerar que vulnera el principio de jerarquía normativa consagrado constitucionalmente y/o el precepto que atribuye competencias a la Comunidad y que por tal motivo es inconstitucional. Es precisamente por este camino de la inaplicación por el que se opera el control de validez de las leyes en Estados Unidos.

([98]) Vid., entre otros, BUFFET-TCHAKALOFF, M.-F., La France devant la Cour de justice des Communautés européennes, op. cit., p. 305; GALMOT, Y., "El Consejo de Estado francés y el control de la conformidad de las leyes a los tratados", op. cit., pp. 16 y 22.

necesariamente obligar al Consejo de Estado a controlar la conformidad de la Ley de 7 de julio de 1977 (relativa a la elección de los representantes de la Asamblea de las Comunidades Europeas) con el Tratado de Roma (artículo 138) y la decisión de 20 de septiembre de 1976 (relativa a la elección por sufragio universal directo de los miembros del Parlamento Europeo), porque el motivo invocado (exceso de poder en la adopción del Decreto de 28 de febrero de 1979, que fijaba las modalidades de organización de las elecciones al Parlamento Europeo) se dirigía realmente a la ley misma, respecto de la cual el decreto no hacía sino reproducir sus términos en el extremo litigioso (modo de escrutinio). El Consejo de Estado ratificó la doctrina que había adoptado con la sentencia de 1 de marzo de 1968, rechazando la primacía del Derecho comunitario sobre ley posterior por entender que reconocer el valor superior del Tratado sobre una ley ulterior, y por tanto descartar su aplicación, entrañaría limitar los efectos de la voluntad del legislador. En consecuencia, con independencia de la calificación jurídica que se otorgase a esta operación, se estaría controlando la constitucionalidad de la ley, tarea que no correspondería al juez administrativo (como tampoco al ordinario) a la vista del mandato de la tradición constitucional francesa expresado en los artículos 10 de la ley de 24 de agosto de 1790 y 127 del Código penal([99]).

Su fidelidad a la doctrina MATTER, así como en este caso también a la teoría de la pantalla protectora de la ley ("la loi fait écran ([100])), es tan elocuente que le conduce a rechazar controlar su conformidad con el tratado anterior, reputando válida la ley y, por vía de consecuencia, el decreto impugnado en cuanto había sido adoptado de conformidad con

---

([99]) Sentencias del Consejo de Estado francés de 22 de octubre de 1979, asuntos Union démocratique du travail y Elections des représentants à l'Assemblée des Communautés, Recueil Lébon, 1979, pp. 383 ss.

([100]) Según la doctrina de la "pantalla-ley" no sólo las leyes posteriores a los tratados se sitúan fuera de la competencia del juez administrativo, sino que también quedan fuera de su alcance todas las normas de rango reglamentario adoptadas en aplicación de una ley, puesto que no podría anular un decreto adoptado en aplicación y conforme a la ley en caso de que contraviniera lo dispuesto en un tratado sin censurar indirectamente la validez de la ley. Ahora bien, desde 1975 ha venido limitando los efectos de esta teoría, distinguiendo entre las leyes contrarias a un tratado que se limitan a atribuir una competencia reglamentaria sin fijar condiciones de fondo, en cuyo caso los órganos investidos la ejercitan libremente, y aquéllas otras que establecen normas sustantivas que vinculan a los órganos administrativos delegatarios de la potestad reglamentaria, en cuyo caso la pantalla legislativa se opone a toda apreciación por el juez administrativo de la conformidad del decreto al tratado y seguiría produciendo su efecto protector (sentencia del consejo de Estado francés del 29 de noviembre de 1986, asunto Smanor, A.J.D.A., 1986, pp. 681 ss). Y hoy en día no plantea problemas para el Derecho comunitario, en la medida en que ha llegado a anular decretos nacionales no sólo anteriores sino posteriores que estaban en conflicto con normas comunitarias (por ejemplo, sentencias del Consejo de Estado francés de 18 de diciembre de 1981, asunto Syndicat national du commerce de la chaussure, R.T.D.E., 1982-1, pp. 201 ss; 28 de septiembre de 1984, asunto confédération nationale des sociétés de protection de la nature, R.T.D.E., 1984-4, pp. 759 ss; 7 de diciembre de 1984, asunto Fédération française des sociétés de protection de la nature, R.T.D.E., 1985-1, pp. 187 ss).

Aunque algunos autores han señalado que estos casos fueron "transparentes" (la ley se limitaba a atribuir la competencia al poder reglamentario sin imponerle reglas sustantivas), de manera que no es posible asegurar que se haya producido un cambio de jurisprudencia que se aplique también al segundo supuesto (BON, P., "La protection juridictionnelle des droits de l'homme", en Droit constitutionnel et droits de l'homme, París: Ed. Economica, 1987, pp. 304-305; CONSTANTINESCO, V., "Note", R.T.D.E., 1988, pp. 114-116), parece sencillo adivinar que la solución que daría a los otros supuestos a la vista de su jurisprudencia NICOLO es la misma (NEGRIER, E., "Le crépuscule d'une théorie jurisprudentielle: l'écran legislatif et les droits communautaire et constitutionnel", R.D.P., 1990, pp. 767 ss).

la ley.

Esta actitud no es sólo criticable en sí misma([101]) sino que, además, es tanto más grave que, entre tanto, el Consejo Constitucional y el Tribunal Supremo habían puesto de relieve la incongruencia del razonamiento del Consejo de Estado: disociando el control de constitucionalidad de la garantía de la primacía del Derecho comunitario, concluyeron en favor de la potestad del juez interno de inaplicar una ley interna sin que ello comportase enjuiciar su validez constitucional en la medida en que una ley contraria a un tratado no sería por ello contraria a la Constitución([102]). Además, el Tribunal de Justicia había consagrado el deber del juez nacional para, por su propia autoridad, declarar inaplicable una norma interna, del rango que fuese, contraria a las estipulaciones del Derecho comunitario([103]), línea seguida por otras jurisdicciones nacionales([104]). En fin, la doctrina se había manifestado generalmente en contra de esta jurisprudencia administrativa, señalando los riesgos de seguridad jurídica que entrañaba para los particulares y la debilitación que operaba respecto de la primacía del Derecho comunitario, e indicando remedios que permitirían al Consejo de Estado superar su posición([105]).

A pesar de estas presiones en favor de un cambio, el Consejo de Estado defendió su

---

([101]) Revela una falta de "audacia" incomprensible en una jurisdicción que se "inventó" literalmente el modelo del contencioso francés: declarar nulo un decreto adoptado en cumplimiento de una ley por su contrariedad con un tratado supone "censurar" la ley, pero indirectamente, puesto que no entraña la invalidez de la ley ni su desaparición del orden jurídico.

([102]) Implícitamente, el Consejo Constitucional francés (decisión nº 75-54, de 15 de enero de 1975, C.D.E., 1975-3, pp. 606 ss), y expresamente, el Tribunal Supremo francés (sentencia de 24 de mayo de 1975, C.D.E., 1975-3, pp. 631 ss). Cabe señalar, por lo demás, que unos años después el Consejo Constitucional declaró expresamente que el juez ordinario debe velar por la aplicación de las convenciones internacionales, verificando a la hora de aplicar una ley su compatibilidad con las disposiciones de los tratados anteriores (decisión nº 86-216, de 3 de septiembre, R.F.D.A., 1987, pp. 120 ss).

([103]) STJCE de 9 de marzo de 1978, asunto Simmenthal, nº 106/77, rec. 1978, pp. 643-645.

([104]) Así, STC italiano nº 170/1984, de 8 de junio, C.D.E., 1986-1, pp. 185 ss. El auto de remisión prejudicial de la High Court, de 10 de marzo de 1989, en el asunto FACTORTAME lo pone igualmente de relieve y el Tribunal Constitucional español mantiene esta posición desde sus primeras sentencias (por ejemplo, STC nº 28/1991, de 14 de febrero, B.J.C., nº 119, p. 23). No obstante, como se dijo antes, no es pacíficamente aceptado que inaplicar una ley interna contraria al Derecho comunitario no implique refutar su validez constitucional. La misma jurisdicción constitucional italiana dejó ver en algunas decisiones anteriores que una normativa nacional opuesta al orden jurídico comunitario podría ser declarada inconstitucional por violación del artículo 11 de la Constitución (STC italiano nº 183/1973, de 27 de diciembre, C.D.E., 1975-1, pp. 114 ss; nº 232/1975, de 30 de octubre, R.T.D.E., 1976-2, pp. 396 ss).

([105]) Como la "comunitarización" del título con que aplica el Derecho comunitario (que el Tribunal de Justicia cambiase su jurisprudencia SIMMENTHAL y el juez nacional pasase a aplicar el Derecho comunitario como órgano comunitario), la revisión constitucional (adopción de un texto que habilitase expresamente al juez ordinario a garantizar la primacía de los tratados), la inserción de un mecanismo prejudicial (se plantearía una cuestión ante el Consejo Constitucional para que solucionase el conflicto entre ley y tratado), etcétera. Pero estas propuestas son insatisfactorias y pecan de optimismo, habiéndose puesto de relieve por la doctrina (vid., para mayores detalles, BUFFET-TCHAKALOFF, M.-F., La France devant la Cour de justice des Communautés européennes, op. cit., pp. 306 ss; RITLENG, D., Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire, op. cit., pp. 93 ss). Era más factible que el Consejo de Estado aceptase la consagración del artículo 55 como norma de conflicto de reglas para sustentar la primacía, tal como habían hecho las jurisdicciones ordinarias y constitucional, como a la postre ha sido hecho por él mismo.

posición en asuntos ulteriores([106]), aplicándola incluso en ámbitos no comunitarios([107]).

Ha hecho falta esperar al asunto NICOLO para apreciar un cambio sensible en esta jurisprudencia. En él se solicitó del Consejo de Estado que confrontase la Ley de 7 de julio de 1977 con el artículo 228 del Tratado C.E., cuestión que en términos parecidos ya le había sido formulada en el asunto U.D.T. en 1979 y por cuya resolución había recibido numerosas críticas([108]). Dándose cuenta de estas circunstancias, aceptó abandonar la doctrina tradicional sobre la primacía, con lo que a fortiori reconoce la autoridad de las sentencias del Tribunal de Justicia, para los supuestos en que haya contradicción entre un tratado con una ley ulterior. Para esta inflexión se apoyó en el artículo 55 de la Constitución francesa, como habían hecho ya el Consejo Constitucional y el Tribunal Supremo y seguramente bajo su influencia([109]). Al efecto, se limitó a señalar que "considerando según los términos del artículo 227-1 del Tratado, con fecha de 25 de marzo de 1957, instituyente de la Comunidad Económica Europea: <el presente Tratado se aplicará (...) a la República Francesa>; que las reglas más arriba mencionadas, definidas por la ley de 7 de julio de 1977, no son incompatibles con las estipulaciones claras del artículo 227-1, anteriormente citado, del Tratado de Roma"([110]). Ello supone, por tanto, admitir que el artículo 55 ha comportado, implícita pero necesariamente, una derogación de la tradición francesa que se sustentaba en los artículos 10 de la Ley de 24 de agosto de 1790 y 127 del Código Penal, y en cuya virtud las jurisdicciones nacionales están habilitadas para limitar los efectos de las leyes y, por ende, la voluntad omnisciente del legislador([111]).

([106]) Por ejemplo, con ocasión de las segundas elecciones al Parlamento Europeo (sentencia del Consejo de Estado galo de 23 de noviembre de 1984, asunto Roujansky, A.J.D.A., 1985, pp. 223 ss); en relación con la legalidad de la normativa francesa sobre el precio de los libros (sentencia de 8 de febrero de 1985, Recueil Lébon, 1985, pp. 26 ss). Vid., en la línea, su sentencia de 27 de abril de 1988, Recueil Lébon, 1988, pp. 171 ss.

([107]) Así, respecto de la Convención Europea de Derechos del Hombre, vid. las sentencias del Consejo de Estado francés de 31 de octubre de 1980, asunto L, Recueil Lébon, 1980, pp. 403 ss.

([108]) Se le reprochó la ignorancia deliberada del artículo 55 de la Constitución, situando la ley y el tratado en un mismo nivel jerárquico cuando resulta que el precepto constitucional afirma la superioridad del tratado; se le acusa de hacer gala de un cierto nacionalismo jurídico que deja sin sanción jurídica este precepto constitucional y, en fin, se le criticó que un litigio en el que el Derecho comunitario sea aplicable recibirá una sanción diferente según se plantee el caso ante una jurisdicción ordinaria o administrativa (vid., para mayores detalles, ABRAHAM, R., Droit international..., op. cit., pp. 118 ss).

([109]) La jurisprudencia del Tribunal Supremo francés ha sido ya citada y la del Consejo Constitucional galo se citará infra.

([110]) Sentencia del Consejo de Estado francés de 20 de octubre de 1989, asunto Nicolo, R.I.E., 1989-3, pp. 1015 ss. En relación con la C.E.D.H. el tema no se ha planteado todavía, pero es de suponer que adoptará la misma posición porque ha anulado órdenes y decretos que la contradecían (sentencia de 19 de abril de 1991, asunto Belgacem, C.D.E., 1991-5/6, pp. 549 ss).

([111]) En este sentido, el Comisario de Gobierno FRYDMAN había declarado, tras un repaso de las diferentes posiciones dogmáticas en relación con el eventual control de validez de las leyes del juez administrativo, que sería conveniente dar una relectura del artículo 55 puesto que "comporta necesariamente por sí mismo una habilitación dada implícitamente a los jueces con el fin de controlar la conformidad de las leyes a los tratados" (R.I.E., 1989-3, p. 1024).

He aquí una de las más importantes decisiones jamás dictada por el Consejo de Estado respecto del Derecho comunitario, aun cuando a primera vista pueda no parecerlo porque la demanda fue desestimada, dada la flexibilización radical de su posición y la relevancia del paso franqueado([112]). A pesar de los elogios que pueden dedicarse a esta decisión, el laconismo de su razonamiento es criticable en cuanto deja abiertas ciertas cuestiones que no dejarán de causar problemas en un futuro inmediato. Por ejemplo, no aclara si el Tratado C.E. es asimilado a un tratado ordinario, lo que puede colegirse en la medida en que no se refiere en ningún momento a su naturaleza genuina([113]). Es criticable también que la facultad del juez interno para dejar inaplicada la ley interna ulterior se base exclusivamente en el artículo 55 de la Constitución, pues ninguna referencia a los caracteres propios del Derecho comunitario revelados por la jurisprudencia comunitaria ha sido efectuada. En fin, parece mantener la reserva del acto claro([114]). Así las cosas, habría sido mejor que, como hizo el Tribunal Supremo en el asunto CAFES JACQUES VABRE, se apoyase en la especificidad del ordenamiento jurídico comunitario para dejar sin efectos la ley interna.

Decisiones ulteriores confirman la primacía del Derecho comunitario sobre la ley, llegando a descartar su aplicación ante un conflicto real y no meramente hipotético, pero no acaban de despejar tales interrogantes porque omiten cualquier referencia al tema([115]). De todos modos, merece mencionar el asunto BOISDET, pues anuló, por incompatibilidad con la reglamentación común del mercado, tal como había sido interpretada por el Tribunal de Justicia([116]), un decreto ministerial. El interés primordial de esta decisión, que aparentemente se limita a una cuestión técnica, es considerable porque la decisión ministerial

---

([112]) Es sintomático que 3 meses antes, en un asunto en que se planteaba la compatibilidad de ciertos decretos franceses con el Derecho comunitario, su anulación fuera pronunciada por violación del principio de no discriminación por razón de sexo consagrado en el Preámbulo de la Constitución de 1946, sin referirse ni a la C.E.D.H. ni al Derecho comunitario: lo más que hizo fue mencionar en los vistos ("visa") la Directiva 76/207/CEE (sentencia del Consejo de Estado francés de 26 de junio de 1989, asunto Fédération des Syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche, Recueil Lébon, 1989, pp. 152 ss).

([113]) De esta asimilación podrían derivarse problemas, como la subordinación de la primacía a la exigencia constitucional de reciprocidad: se puede pensar hasta que no llevó a cabo esta verificación porque la cláusula no había sido invocada y que, al no ser de orden público, no podía examinarla de oficio, como que renunció a la cláusula, que sería exigible respecto de los tratados de naturaleza contractual e inoperante respecto de convenciones que entren en la categoría de tratados-ley, como el Tratado de Roma. Aunque a favor está G. ISAAC (Droit communautaire général, op. cit., p. 178), el Comisario de Gobierno FRYDMAN lo rechaza en la medida en que pide que se reconozca que la primacía de cualquier tratado internacional -del tipo que sea- sobre la ley ulterior está sujeta a la reciprocidad (R.I.E., 1989-3, pp. 1032-1034).

([114]) Vid., para estos y otros interrogantes, así como para un comentario particular de esta sentencia, BOULOUIS, J., "A propos de l'arrêt Nicolo", R.G.D.I.P., 1990, pp. 91 ss; DEHAUSSY, J., "La supériorité des normes internationales sur les normes internes: à propos de l'arrêt Nicolo", J.D.I., 1990, pp. 5 ss; DUBOUIS, L., "L'arrêt Nicolo et l'intégration de la règle internationale et communautaire dans l'ordre juridique français", R.F.D.A., 1989, pp. 1000 ss; KOVAR, R., "Le Conseil d'Etat et le droit communautaire: de l'état de guerre à la paix armée", Dalloz, 1990, chron, pp. 57 ss.

([115]) Por ejemplo, sentencias del Consejo de Estado galo de 29 de junio de 1990, asunto G.I.S.T.I., Dalloz, 1990, pp. 560 ss; 2 de octubre de 1990, asunto Danielou, La Carta Europea, 8 de octubre de 1990, pp. 2-3.

([116]) Se refiere expresamente a la STJCE de 25 de noviembre de 1986, asunto CERAFEL, nº 218/85, rec. 1986, pp. 3513 ss.

había sido adoptada sobre la base de una ley de 1980 (posterior al Reglamento (CEE) nº 1035/72, de 18 de mayo), y para anular la normativa interna sin tener en cuenta la ley ulterior sacó todas las consecuencias lógicas que se inferían del asunto NICOLO, descartando la aplicación de la ley contraria. Además, mientras que en aquel asunto estaba en juego un pretendido conflicto con el Tratado de Roma, aquí era un reglamento comunitario lo que se cuestionaba, lo que no le impidió beneficiarse de la primacía en las mismas condiciones que el Derecho primario, reconociendo tácitamente que los actos institucionales comunitarios eran superiores a las leyes nacionales con el mismo título que el Tratado C.E.([117]). En fechas recientes, ha predicado el principio de la primacía de las directivas comunitarias([118]).

2.1.2. Court of Appeal

En una línea mucho más suave que la del Consejo de Estado galo respecto de la primacía se halla la Court of Appeal británica([119]). Aunque en una primera decisión de 1974 había sostenido que el Tratado de Roma tenía la misma fuerza que una ley y, por tanto, el juez inglés debía aplicarlo([120]), y en una decisión de la misma fecha, se encuentran las mismas palabras([121]), en 1976 se mostró menos favorable a la primacía del Derecho comunitario, en cuanto proclamó la doctrina de la soberanía del Parlamento británico al recordar el obiter dictum de Lord DENNIG: "it seems that once the Bill is passed and becomes a Statute, that will dispose of all discussion about the Treaty. These courts will then have to abide by the Statute without regard to the Treaty at all"([122]).

El pensamiento de Lord DENNIG, de tanta influencia "persuasiva", no es tan reacio al

---

([117]) Sentencia del Consejo de Estado francés de 24 de septiembre de 1990, asunto Boisdet, A.J.D.A., 1990, pp. 906 ss. Vid., para su comentario, COHEN, H., "The Conseil d'Etat: Continuing Convergence with the Court of Justice", E.L.R., 1991, pp. 144 ss.

([118]) Sentencias del Consejo de Estado galo de 28 de febrero de 1992, asunto Rothmans International France y Société Arizona Tobbaco, R.T.D.E., 1992, pp. 426 ss. Afirmó que, por la contrariedad con una Directiva de 19 de diciembre de 1972, el decreto francés, "adoptado sobre el fundamento del artículo 6 de la Ley de 24 de mayo de 1976, cuya aplicación debe descartarse, está en sí mismo desprovisto de base legal", por lo que debía ser anulado. Vid., para su examen, SIMON, D., "Le Conseil d'Etat et les directives communautaires: du gallicanisme à l'ortodoxe?", pp. 264 ss.

([119]) No así con respecto al efecto directo, pues tradicionalmente ha sido favorable a su reconocimiento, considerando que para la aplicación de los reglamentos no hace falta ni la aprobación ni la ratificación por Estados miembros (sentencia de la Court of Appeal de 26 de noviembre de 1974, asunto Schorsch Meier v. Hennin, C.M.L.Rep., 1975, pp. 20 ss).

([120]) Sentencia de la Court of Appeal de 22 de mayo de 1974, asunto Bulmer v. Bollinger, All.E.R., 1974, p. 1231.

([121]) Sentencia de la Court of Appeal de 22 de mayo de 1974, asunto Application des gaz v. Falks Veritas, All.E.R., 1974, pp. 56 y 58.

([122]) Sentencia de la Court of Appeal de 29 de julio de 1976, asunto Felixstowe Dock and Railways Companys v. British Transport Docks Board, C.M.L.Rep., 1976, pp. 655 ss.