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
(17 de 21)

Tras la respuesta prejudicial, que enmienda la plana a un sector doctrinal([59]) y confirma la posición del Tribunal Supremo sobre la falta de eficacia directa de la directiva comunitaria([60]), la jurisdicción catalana falló el caso desestimando el recurso de suplicación contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 27 de Barcelona de 18 de diciembre de 1991, confirmando subsiguientemente el rechazo de la reclamación de salarios

---

([59]) A la luz de la jurisprudencia FRANCOVICH, algunos autores estimaron que la directiva en causa tenía efecto directo, señalando que, para el caso español, la solución se traduciría en la inclusión de los altos directivos en el ámbito del FOGASA, haciéndoles partícipes de su protección en los mismos términos que a los demás trabajadores (FERNANDEZ LIESA, C. y RODRIGUEZ PIÑERO, R., "Derecho europeo, responsabilidad del Estado y efecto directo de las directivas", op. cit., p. 34). Aunque una solución de este tipo es inadmisible a la luz de la jurisprudencia WAGNER MIRET examinada anteriormente, puede uno interrogarse si el Tribunal de Justicia estuvo acertado con la solución propuesta, en concreto si pudo haber reconocido la eficacia directa vertical de la directiva y, en su defecto, la obligación de interpretación conforme de la normativa nacional.

El reconocimiento de la eficacia directa vertical debe, ciertamente, descartarse porque, si bien el FOGASA es un organismo público a todos los efectos, no hay que olvidar el amplio margen de discrecionalidad atribuido al Estado español por la directiva comunitaria para la determinación de la institución responsable de prestar las garantías. El R.D. 505/85, por el que se creó el FOGASA, incluyó en su seno al personal asalariado no sujeto a un régimen laboral especial y excluyó expresamente al personal doméstico, y aunque no llegó a establecer la inaplicación al personal de alta dirección, podía deducirse tácitamente del hecho de que el R.D. 1382/85, por el que se regulaba la relación laboral especial del personal de alta dirección, no preveyera expresamente que estuviese sujeto a su régimen de cotización. Dicho de otro modo, aun siendo anterior la normativa española de creación del FOGASA a la adhesión española, constituía norma de transposición de la Directiva 80/987/CEE, pero no suponía la completa transposición de esta directiva porque quedaba por determinar qué institución iba a ser encargada de proteger a los altos cargos para que la garantía salarial prestada por el FOGASA en favor de los trabajadores sujetos al régimen laboral general, y habría sido evidentemente injusto que el personal de alta dirección, a pesar de no cotizar al fondo, se beneficiase directamente de sus prestaciones y, por extensión, de las cotizaciones del resto de trabajadores que sí cotizaba al mismo.

No es tan claro, sin embargo, que no quepa la interpretación conforme del derecho nacional a la luz de la directiva comunitaria, por diversos motivos complementarios. Por una parte, FOGASA es la institución prevista ordinariamente, y además es la única, en virtud de la que se cumplen en España los objetivos de garantía salarial previstos por la directiva comunitaria. Por otra parte, el personal de alta dirección no está excluido del ámbito de aplicación de la directiva, ya que el derecho español los califica de trabajadores asalariados, como reconoce expresamente el Tribunal de Justicia en su sentencia WAGNER MIRET. En tercer lugar, el personal de alta dirección no tiene parte ni culpa en el hecho de que España hubiere cometido el error de no excluir expresamente la aplicación de la Directiva 80/987/CEE cuando, con motivo de la adhesión española, se dictó la Directiva 87/164/CEE, ni tampoco son responsables de que, a resultas de la ambiguedad del régimen jurídico nacional (tanto el Real Decreto 505/85, de creación del FOGASA, como el R.D. 1382/85, acerca de la relación laboral especial del personal de alta dirección), no se preveyera expresamente la inaplicación del FOGASA a su caso particular, sea para cotizar, sea para beneficiarse de sus prestaciones. En estas condiciones, parece excesivo que prevalezca el error, consciente o involuntario, cometido por el Estado español en sede comunitaria y nacional sobre las disposiciones de una directiva, pues, a la postre, implica hacer prevalecer la normativa española sobre la comunitaria. Si en el anteriormente comentado asunto MARLEASING, el Tribunal de Justicia sostuvo la obligación del juez español de interpretar las disposiciones de la legislación española sobre sociedades a la luz de la directiva comunitaria, y llevar a cabo esta interpretación planteaba mayores dificultades (aunque no existía tampoco norma expresa de transposición, la legislación interna se oponía frontalmente a la comunitaria en relación con la simulación de contrato y, por tanto, la falta de causa como motivo de nulidad de una sociedad anónima), no se entiende bien por qué en este supuesto no postuló por la misma solución, pues habría sido fácil llevarla a cabo: habría bastado con la extensión del ámbito personal de aplicación del FOGASA. Está bien que, en la situación de los autos, proclamase la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de la directiva en relación con los altos cargos en tanto no se transpusiera completamente la directiva, pero hubiese sido preferible la alternativa de la interpretación conforme, máxime si se tiene en cuenta que seguir su posición obliga a reclamar en vía administrativa y, en caso de desestimación de la reparación, habrá que acudir a la vía de la jurisdicción contencioso-administrativa, con la pérdida de tiempo y los costes (salvo temeridad o mala fe, cada parte sufraga sus propias costas) que supone para un particular inmuiscuirse en la vía judicial para ver satisfechos los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario le otorga. A mayor abundamiento, cabe señalar que la Ley 11/1994 ha incluido al personal de alta dirección en el seno del FOGASA (vid. infra).

([60]) Pero nada más, pues debe recordarse de nuevo que la sentencia del Tribunal de Justicia no dejó lugar a dudas de que el personal de alta dirección no podía quedar excluido de las garantías de la directiva, a diferencia de lo que viene resolviendo el Tribunal Supremo.

no percibidos y la liquidación de partes proporcionales a causa del cese y dejando abierta la puerta para dilucidar en el proceso adecuado la responsabilidad del Estado español por los daños y perjuicios sufridos por el recurrente a causa de su incumplimiento de la directiva comunitaria([61]).

Conviene recordar el interesante tenor del fallo del tribunal español. Comienza por recordar que había tenido que pronunciarse en supuestos análogos con anterioridad, en los que, en contra de la posición del Tribunal Supremo (sentencias de 13 de junio y 13 de julio de 1991), había declarado que a partir del 1 de enero de 1986, fecha de entrada en vigor del Acta de Adhesión de España a la Comunidad Europea, no podía "negarse de manera absoluta, incondicionada, al personal de alta dirección la pretensión del Fondo de Garantía Salarial" de que la directiva comunitaria no tenía efecto directo (citando sus sentencias de 9 de abril de 1990 y 25 de mayo de 1991, así como las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid de 27 de marzo de 1990 y de Baleares de 4 de octubre de 1990), y ello en base a que "cuando el Estado español hizo uso de la facultad de excluir determinadas categorías de asalariados, precisamente por la especialidad de su relación de trabajo, al amparo del artículo 1.2 de la Directiva del Consejo CEE de 20 de octubre de 1980, núm. 80/987 (...) solamente se refirió al personal al servicio del hogar familiar (Directiva de 2 de marzo de 1987, número 87/164/CEE, que modifica la anterior). Por ello estimó la Sala que debía considerarse al personal de alta dirección incluido en la cobertura salarial del Fondo de Garantía, con arreglo al efecto directo que puede admitirse en una directiva comunitaria, norma que tiene como destinatarios a los Estados miembros, pero de directa aplicabilidad también a los ciudadanos de éstos, siempre que hubiera transcurrido el plazo para su aplicación y en aquellos supuestos en los que no deje a los Estados miembros márgenes de discrecionalidad o de elección". A continuación, hizo una buena síntesis de la jurisprudencia comunitaria respecto al problema que en el caso era debatido, recordando que lo que había declarado en sus sentencias de 2 de febrero de 1989 (asunto Comisión c./ Italia), 8 de noviembre de 1990 (asunto Comisión c./ Grecia), 19 de noviembre de 1991 (asunto Francovich), cuyo tenor reproducía, había llevado al Tribunal Superior de Justicia a promover diversas cuestiones prejudiciales, que fueron resueltas por la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1993, en el asunto de autos, declarando que no tenía efecto directo la directiva 80/987/CEE, sin perjuicio de que pudiera generar la responsabilidad del Estado por los daños causados por su incumplimiento. Sobre esta base, concluyó que "en definitiva, no contradiciendo lo resuelto por el Tribunal Supremo en sentencias resolviendo recurso de casación para la unificación de doctrina lo resuelto por el Tribunal Europeo, y

([61]) STSJ de Cataluña de 16 de febrero de 1994, asunto Wagner Miret, Aranzadi Social 1994, nº 577.

siendo claro que la posible responsabilidad del Estado a que se refiere el punto 2 de aquella resolución [se refiere a la sentencia FRANCOVICH] es materia ajena al proceso que nos ocupa, si bien ha de entenderse sin perjuicio de las acciones que pudiera corresponder al supuesto perjudicado frente al Estado, la Sala ha de confirmar la resolución de instancia, previa desestimación del recurso"([62]).

A pesar de que el Tribunal de Justicia declaró, en contra de la línea jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que la Directiva 80/987/CEE no tenía efecto directo, obligándole a modificar su posicionamiento previo, hay que elogiar el buen criterio de este órgano jurisdiccional, pues si hubiera admitido estar vinculada ciegamente por lo decidido por el Tribunal Supremo se habría obstaculizado seriamente la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia y la aplicación del Derecho comunitario en todos los grados de los sistemas jurisdiccionales. Con ello no se postula la anarquía jurídica y la desobediencia al Tribunal Supremo: las jurisdicciones españolas no estarán obligadas a seguir la jurisprudencia del Tribunal Supremo sólo y exclusivamente cuando se trate de la interpretación del Derecho comunitario. No deja de ser cierto que las jurisdicciones internas están vinculadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (artículo 1.6 del Código Civil, en relación con artículo 1692.4 de la L.E.C.), pero también lo están por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, tratándose de la aplicación de normas comunitarias, tienen que seguir preferentemente ésta, dada la primacía del Derecho comunitario.

Ante situaciones como éstas, se ha suscitado si la negativa a aceptar el efecto directo de las normas comunitarias cuando se cumplan los requisitos exigidos por el Tribunal de Justicia posee o no protección constitucional. El tema ha sido abordado en fechas relativamente recientes por el Tribunal Constitucional, debiendo remitirse su examen a un momento ulterior por la semejanza que presenta con la cuestión de un eventual recurso de amparo ante la negativa a plantear cuestiones prejudiciales, en tanto ambos supuestos constituyen una vulneración de lo dispuesto por la jurisprudencia comunitaria. En cualquier caso, un

---

([62]) Cabe señalar el voto particular del magistrado O. MARZAL MARTINEZ, para quien el Tribunal de Justicia había dejado importantes incógnitas sin resolver que no podían zanjarse del modo tan simple como lo hacía el sector mayoritario de la Sala, y que tras razones motivadas con gran extensión, concluyó finalmente que "la cobertura formal institucional de la garantía de atención a los débitos salariales en caso de insolvencia de las empresas respecto a los altos cargos debe serlo también a través del FGS, si bien limitado a ocho semanas como máximo, al ser tal límite el mínimo previsto en la propia normativa comunitaria (...), con derecho a repercutir contra el Estado, tras ello, de las cantidades que se satisfaga en concreto y del derecho -de estar en plazo para ello- de requerir el abono del importe de las cotizaciones dejadas de efectuar por las empresas por causa de tal evento" (voto particular a la STSJ de Cataluña de 16 de febrero de 1994, Aranzadi Social, 1994, nº 477). Esta posición recuerda poderosamente lo fallado por la STSJ de Castilla La Mancha de 29 de junio de 1993 (Aranzadi Social 1993, nº 3223), así como la del propio magistrado en un escrito particular con J. LLUIS i NAVAS ("Los altos cargos y el Fondo de Garantía Salarial (ante un ejemplo de la incidencia del Derecho comunitario sobre el español)", op. cit., p. 551) y que, como se ha indicado, ha sido casada por el Tribunal Supremo (STS de 14 de marzo de 1994, Aranzadi 1994, nº 2350).

planteamiento a tiempo de una cuestión prejudicial por parte de los órganos judiciales españoles habría previsiblemente evitado esta serie de pronunciamientos contradictorios que perjudicaron los intereses de los ciudadanos.

Finalmente, debe indicarse que el legislador español ha hecho frente a su obligación de acatar la interpretación del Derecho comunitario dada por el Tribunal de Justicia, estableciendo la disposición adicional 2ª de la Ley 11/1994 que "las retribuciones del personal de alta dirección gozarán de las garantías del salario establecidas en los artículos 27.2, 29, 32 y 33 del Estatuto de los trabajadores", y precisando la disposición derogatoria que se deroga expresamente el número 1 del artículo 15 del Real Decreto 1382/85, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección([63]).

1.2. Otras jurisdicciones españolas

Los otros grados jurisdiccionales españoles reconocen la eficacia directa del Derecho comunitario y lo aplican con carácter prevalente en la resolución de los litigios internos. Entre numerosísima doctrina jurisprudencial([64]), hay jurisdicciones españolas que han retomado íntegramente la argumentación de la elogiada sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1990, por lo que huelga repetirla ahora([65]), pero generalmente han optado por dar interpretaciones propias.

Merece destacarse a la Audiencia Territorial de Barcelona que, en una de las primeras sentencias dictadas tras la adhesión española a la Comunidad, tuvo el tino de señalar que "es lo cierto que desde el comienzo del presente año España es miembro de las Comunidades Económicas Europeas y por ello está sujeta a todo el acervo jurídico comunitario, incluidas las orientaciones jurisprudenciales del Tribunal de Justicia comunitario de Luxemburgo, en

---

([63]) Ley nº 11/1994, de 19 de mayo, de modificación de determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, B.O.E. nº 122, de 23 de mayo de 1994.

([64]) STSJ del País Vasco de 20 de enero de 1990, Noticias/CEE, nº 67-68, 1990, pp. 181 ss; AP de Barcelona de 9 de mayo de 1990, La Ley, 27 de febrero de 1992, p. 7; TSJ de Cataluña de 2 de mayo de 1991, Noticias/CEE, nº 79-80, 1991, pp. 145 ss; 10 de diciembre de 1992, Noticias/CEE, nº 97, 1993, pp. 95 ss; AN de 1 de diciembre de 1992, R.G.D., 1993, pp. 1211 ss; AP de Madrid de 24 de diciembre de 1994, texto inédito; TSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de junio de 1994, A.A., nº 12, diciembre 1994, pp. 762 ss.

([65]) STSJ de Canarias de 30 de abril de 1992, La Ley, 7 de octubre de 1992, pp. 1 ss; 18 de enero de 1993, R.G.D., 1994, pp. 14091 ss.

las que rige de un modo riguroso la libertad de establecimiento, el principio de no discriminación por razón de nacionalidad y el de aplicación idéntica de las normas sobre derechos de carácter económico y social, y así lo disponen los artículos 7 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (que prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad), así como los artículos 52 y 60 (en relación con el derecho de establecimiento y libre prestación de servicios, en la misma línea de igualdad con el trabajador, profesional o comerciante nacional), e igualmente la jurisprudencia comunitaria (sentencias de 13 de febrero de 1969, asunto 14-68; de 17 de febrero y 12 de diciembre de 1974, asuntos 152-73 y 36-74; de 16 de octubre de 1980, asunto 147-69; de 18 de junio de 1985, asunto 197-84, y otras en igual sentido)", razones que le llevaron a desestimar la revocación de la sentencia recurrida([66]).

Es muy interesante la posición de la Audiencia Provincial de Toledo cuando afirma que "el Acta relativa a las condiciones de adhesión de España a las Comunidades Europeas establece, en sus arts. 392 y 395, que desde el momento de la adhesión, España será considerada como destinataria, y ha recibido notificación de las Directivas y Decisiones comunitarias, y vendrá obligada a poner en vigor las medidas que sean necesarias para cumplir las disposiciones de las mismas desde la adhesión, salvo cuando se haya señalado un plazo al efecto", pasando a continuación al examen de la normativa española dictada en ejecución de la Directiva 67/43/CEE, de 12 de enero de 1967, y estimando su compatibilidad porque "conforme a la legislación expuesta, con ella se pretende eliminar cualquier hecho que suponga la discriminación de una persona por razón de su nacionalidad, toda vez que hace referencia al establecimiento de los nacionales de otros Estados miembros de la CEE en España, y además exige el requisito de la colegiación en el lugar donde pretende ejercer la profesión"([67]).

Es conveniente referirse al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana ya que señaló que el Tratado de Roma "tiene eficacia y valor de fuente de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.5 CC (...). El carácter prevalente que tienen las normas del Derecho comunitario, puesto que las reglas de Derecho comunitario deben desplegar sus efectos de modo uniforme en todos los Estados miembros a partir de su entrada en vigor (principio del efecto directo que se manifiesta en la sentencia del Tribunal Europeo de 5 feb. 1963, caso Van Gend en Loos (...) y S. 9 mar. 1978, caso Simmenthal (...), derogando las normas estatales anteriores que se le opongan al asumir competencia exclusiva en materias

([66]) Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 17 de diciembre de 1986, R.G.D. 1987, pp. 2663 ss.
([67]) SAP de Toledo de 17 de diciembre de 1991, La Ley, 1 de abril de 1992, pp. 4 ss.

transferidas (sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 15 jul. 1964, en el caso Costa versus E.N.E.L.). De todo cuanto antecede se deriva como regla general la incorporación global y automática de la normativa comunitaria (art. 2 del Acta de Adhesión), que conviene matizar, como advierte el MF, mediante la aplicación de las normas transitorias de la propia Acta de Adhesión, por lo que parece aconsejable el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJCEE con sede en Luxemburgo". Y añadió que "la adhesión de un país a la CEE suponía implícitamente la cesión de su soberanía nacional y con ello la competencia del Tribunal de Luxemburgo, al que compete sentar los criterios definitivos y de validez de las normas comunitarias en caso de duda, mediante la resolución de las cuestiones prejudiciales que se le planteen, sustrayendo de las atribuciones de los jueces nacionales las correlativas que les corresponderían, al no existir reserva de las mismas en favor del Tribunal Europeo, de acuerdo con lo que preceptúa el art. 93 CE"([68]).

Es encomiable la actitud del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña respecto al efecto directo de los reglamentos, sosteniendo que "los reglamentos comunitarios tienen efectos directos sobre todos los Estados miembros por sí mismos, no siendo necesario que sean recogidos por ninguna norma interna, incluso entran en vigor con su publicación en el Boletín Oficial de las Comunidades Europeas, no siendo necesaria su publicación en el Boletín Oficial del Estado" a la vista de lo dispuesto por el artículo 189.1 del Tratado C.E., conforme al cual "son obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables" en cada uno de los Estados miembros. Y dado que una orden ministerial (en virtud de la cual se regulaba la indemnización por abandono de la produción lechera prevista por el Reglamento (CEE) nº 1336/86) no podría, aunque lo pretendiera, y así parecía entenderlo la administración y el letrado del Estado, "modificar lo previsto en el reglamento C.E.E., pues el Derecho comunitario, y especialmente los Reglamentos, por su propia naturaleza es directamente aplicable, en el sentido de resultar vinculante y crear de forma directa e inmediata derechos y obligaciones para los particulares sin necesidad de procedimientos internos de transposición o incorporación, como ha declarado reiteradamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas desde la sentencia dictada el 5 de febrero de 1964 en el caso Van Gend en Loos", estimó la pretensión del recurrente, declarando nulo por no ser ajustado a derecho el acuerdo de 5 de noviembre de 1987 de la Jefatura Provincial del SENPA, que se basaba en la antedicha orden ministerial, y reconoció su derecho a recibir la indemnización fijada por el artículo 1 del Reglamento (CEE) 1336/86, por el abandono definitivo de la producción de leche de vaca, más los intereses legales

([68]) ATSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de junio de 1991, asunto Banco de Crédito Industrial, La Ley. Impuestos, 1992-6, pp. 53 ss.

correspondientes([69]).

En algunos casos, los jueces españoles, en su afán de respetar la jurisprudencia comunitaria sobre la eficacia directa, han aplicado correctamente las disposiciones comunitarias, pero en su razonamiento han incurrido en errores conceptuales evidentes, como cuando la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Cáceres proclama que las directivas "si bien en principio no tienen efecto directo, sin embargo pueden alcanzarlo cuando reúnan los requisitos reglamentarios -no en el sentido de tal concepto en nuestro derecho nacional, sino como ley de bases o ley marco-, es decir, que por ser tan detalladas no dejan margen al legislador nacional, por cuanto este efecto se dirige al juez nacional ordinario y no al poder legislativo para autorizar la norma dentro del derecho interno, correspondiendo a aquél la obligación de aplicar el Derecho comunitario, dejando inaplicada en caso necesario y por su propia autoridad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, aunque sea posterior", lo que así hizo en el caso de autos([70]). Como puede apreciarse, la sentencia es muy positiva en lo que atañe a la aplicación práctica de las consecuencias de la primacía y efecto directo de las directivas, pero cae en un cierto confusionismo de conceptos: no se puede hacer referencia a directivas que cumplan los requisitos reglamentarios, y menos aún entendiendo éstos como ley de bases o ley marco, pues supone no conocer con exactidud la naturaleza de ambas fuentes del Derecho comunitario. Igualmente es un error limitar la eficacia de las directivas a las que contengan disposiciones detalladas, que apenas dejen margen al legislador interno para su desarrollo, y entenderlas dirigidas para su aplicación sólo a los jueces nacionales y no a todas las autoridades públicas del Estado.

En otros casos, intentando demostrar que conocen el Derecho comunitario, los jueces nacionales han llegado a soluciones correctas en cuanto al fondo, pero complicándose la vida innecesariamente con razonamientos sobre el sentido y alcance de las disposiciones comunitarias que poco o nada tenían que ver con el asunto. Así, el Juzgado de lo Social nº 1 de Santander, que desestimó un recurso interpuesto por la negativa del Instituto Nacional de Seguridad Social y de la Tesorería Territorial de la Seguridad Social a incluir al esposo como beneficiario de la cartilla de asistencia sanitaria, y que se basaba en el principio de no discriminación constitucional (artículo 14 CE) y en los principios contenidos en las normas comunitarias y tratados internacionales suscritos por España, negando con razón que la demandante tuviera tal derecho, pero utilizando un razonamiento jurídico desafortunado en

([69]) STSJ de Cataluña de 24 de octubre de 1991, Tribunal, 1991-4, pp. 1546 ss.

([70]) Sentencia de la Audiencia Territorial de Cáceres de 18 de febrero de 1988, La Ley, 1990, nº 56, pp. 6 ss.

cuanto al Derecho comunitario (especialmente, a los artículos 118 y 235 del Tratado C.E. y al Reglamento (CEE) nº 1408/71) que podría haberse ahorrado mediante una simple remisión al derecho español, porque el Derecho comunitario incide en lo referente a la situación de los trabajadores migrantes y de sus familias, pero no era ésta la condición de la demandante ni la de su marido([71]).

Finalmente, hay supuestos muy excepcionales en los que las jurisdicciones españolas han dado interpretaciones erróneas, en cuanto al fondo, del Derecho comunitario. El paradigma es una recientísima decisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana cuando, en el marco de un recurso contencioso-electoral, apoyado por el Ministerio Fiscal, reconoció el derecho al voto en las pasadas elecciones municipales a dos ciudadanas francesas en virtud del supuesto efecto directo del artículo 8.B,1 del Tratado C.E. La jurisdicción española, tras librarse a un examen del régimen jurídico electoral español, incluidas las disposiciones constitucionales y la jurisprudencia constitucional (STC nº 112/91, de 20 de mayo), señaló que la reciprocidad era una condición inexcusable para el ejercicio del derecho de sufragio activo a las elecciones municipales por parte de un extranjero residente en España, de manera que únicamente los nacionales de Estados con los que España había concluido acuerdos internacionales de reciprocidad para permitir el derecho de voto podrían ejercerlo([72]). Ahora bien, "como certeramente señala el Ministerio Fiscal en su Informe, el Tratado de la Unión Europea (...) ha introducido un cambio sustancial en esta materia", pues las normas reguladoras de la ciudadanía europea "suponen un reconocimiento de un status civitatis que implica, prima facie, un reconocimiento de derechos civiles, pero también políticos: participación en la vida política de la Unión -elecciones al Parlamento Europeo y en elecciones municipales-, titularidad de los derechos que le son reconocidos por el ordenamiento jurídico de la Unión y la sumisión a las normas de las mismas", y en el núcleo de esa ciudadanía europea "se sitúa el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo a los residentes comunitarios en los mismos términos que a los nacionales del Estado miembro en las elecciones municipales". Como quiera que el artículo 8 tiene "como la

---

([71]) Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Santander de 22 de junio de 1989, texto inédito. Vid., para su comentario crítico, MOREIRO GONZALEZ, C., "La aplicación judicial del Derecho comunitario en España", op. cit., pp. 5 ss.

([72]) Hay que tener en cuenta que el Gobierno, en fechas próximas a la convocatoria de las elecciones municipales, dictó el R.D. 202/1995, de 10 de febrero, por el que se dispone la formación del censo electoral de extranjeros residentes en España para las elecciones municipales. En su artículo 1 se indican las condiciones básicas para la inscripción en el censo electoral, a saber, que se trate de ciudadanos extranjeros con cuyos países se haya establecido el correspondiente acuerdo y se cumplan las siguientes condiciones básicas: a) ser mayor de 18 años y no estar privado del derecho de sufragio; b) estar en posesión del permiso de residencia; c) cualesquiera otras que establezcan los respectivos acuerdos. En consecuencia, la O.M. del Ministerio de Economía y Hacienda, de 17 de febrero de 1995, permitía exclusivamente la participación en las elecciones municipales a los residentes extranjeros de Estados con los que España tenía suscritos acuerdos bilaterales sobre esta materia (Países Bajos, Dinamarca, Noruega y Suecia).

mayoría de los que recogen los tratados fundacionales comunitarios, una doble naturaleza, pues supone una atribución de competencia a la Unión y un ejercicio de la misma", y su carácter "es imperativo" y su aplicación "es inmediata a todos los Estados miembros de la Unión", debe garantizarse su eficacia directa, ya que "todas las normas, tanto originarias como derivadas del Derecho comunitario europeo, salvo las que por su contenido lo excluyan, producen efecto directo sobre los particulares y personas jurídicas de toda índole, sin necesidad de su previa conversión en normas internas, y son los jueces y tribunales nacionales quienes deben aplicarlas, con exclusión de cualquier norma interna contraria (prevalencia del Derecho comunitario). No quiere ello decir que las normas comunitarias prevalezcan sobre la Constitución española, suprimiendo un requisito que en ésta se recoge como condición ineludible para el ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo sobre los no nacionales, según señaló el TC en la sentencia 112/91 -el principio de reciprocidad-", sino que tal principio, después del Tratado U.E., "rige implícitamente en todos los Estados miembros de la Unión por mandato imperativo de la norma que estamos glosando [el artículo 8 del Tratado C.E.], que obliga a todos ellos en igual manera". En consecuencia, falló que había necesariamente que estimar el recurso pues la Presidencia de la Mesa B, del Distrito 1, en el Municipio de Llauría había indebidamente denegado el derecho a voto a los recurrentes, en cuanto "doña Esther Serra Romeu y doña Dolores Talens Quintana, quienes en su calidad de nacionales francesas con residencia en España, debidamente inscritas en el censo electoral, tenían reconocido, por mandato directo e imperativo del art. 8.B.1 del TCEE el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales celebradas el día 28 de mayo de 1995", declarando la nulidad de la elección celebrada en esta mesa electoral y debiendo procederse a una nueva convocatoria en la misma([73]).

Dada la redacción del artículo 8.B,1, que establece que dicho derecho de sufragio activo "se ejercerá sin perjuicio de las modalidades que el Consejo deberá adoptar antes del 31 de diciembre de 1994 por unanimidad", y que añade que "dichas modalidades podrán establecer excepciones cuando así lo justifiquen problemas específicos de un Estados miembro"([74]), huelga decir que la jurisdicción española se equivocó al aplicarlo directamente, pues este precepto no tiene efecto directo: su ejercicio está condicionado a la acción normativa del Consejo, y además el plazo de transposición de la directiva que lo desarrolla no ha vencido (expirará, según su artículo 14, el 1 de enero de 1996).

([73]) STSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de junio de 1995, G.J.C.E.E., 1995, B-104, pp. 45 ss.

([74]) El Consejo adoptó tales modalidades dos semanas antes de expirar el plazo previsto: Directiva 94/80/CE, de 19 de diciembre de 1994, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales por parte de ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales, D.O.C.E. nº L 368, de 31 de diciembre de 1994. Para una síntesis de su régimen jurídico, vid. MARTINEZ LAGE, S., "Elecciones municipales y Derecho comunitario", G.J.C.E.E., 1995, B-102, pp. 1 ss.

La práctica de los órganos españoles que sólo son jurisdicciones a los efectos del artículo 177 del Tratado C.E. es también positiva([75]), sin perjuicio de que excepcionalmente no hayan entendido cuál es el valor de las directivas no transpuestas dentro del plazo o ejecutadas incorrectamente en el derecho español([76]), o de que sostengan que cuando el plazo para su transposición no haya vencido será aplicable la normativa española anterior existente porque, según la jurisprudencia comunitaria, tienen la obligación de llevar a cabo una interpretación conforme de la misma([77]).

2.- EL PRINCIPIO DE LA PRIMACIA EN LA PRACTICA JUDICIAL ESPAÑOLA

El reconocimiento de la primacía del Derecho comunitario tampoco ha sido muy problemático en sus líneas generales, sin perjuicio de que, como pasara en otros países, hayan habido anomalías en caso de conflicto con una ley ulterior y, sobre todo, que existan reservas y problemas de fondo para aceptar su primacía absoluta en el supuesto de que entrase en colisión con la Constitución española.

2.1. La primacía del Derecho comunitario en relación con la ley

Es obligado partir nuevamente de la posición del Tribunal Supremo, el cual ha reconocido la primacía del Derecho comunitario en caso de colisión con normas internas reglamentarias([78]) y su competencia para controlar la adecuación de la actuación administrativa al Derecho comunitario, lo que implica la obligación de interpretar el derecho nacional a la luz de las disposiciones comunitarias([79]) y, cuando no sea posible, debiendo anularlas en cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 9.3, 93, 96.1 y 103.1 de la

---

([75]) Por ejemplo, resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central de 10 de octubre de 1990, Noticias/CEE, nº 77, 1991, pp. 103 ss; 18 de noviembre de 1992, Noticias/CEE, nº 102, 1993, pp. 111 ss; Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid de 21 de diciembre de 1992, Noticias/CEE, nº 102, 1993, pp. 127 ss.

([76]) Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 6 de julio de 1988, texto inédito (vid infra apartado 3.2.2.1. para su examen).

([77]) Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 9 de septiembre de 1992, La Ley. Impuestos, 1993, pp. 61 ss. Se refiere a la STJCE de 8 de octubre de 1987, asunto Kolpinghis Nijmegen, nº 80/86, rec. 1987, pp. 3969 ss.

([78]) STS de 29 de octubre de 1991, Aranzadi 1991, nº 8541.

([79]) Por ejemplo, en relación con un reglamento (STS de 8 de octubre de 1991, Aranzadi 1991, nº 7781), una directiva (STS de 16 de julio de 1991, Aranzadi 1991, nº6337) o el Tratado de Maastricht (STS de 8 de julio de 1994, Aranzadi 1994, nº 6260).

Constitución española y 1.1 de la L.J.C.A. y de las exigencias del Derecho comunitario([80]). Más interesante es que haya admitido la prevalencia del Derecho comunitario en relación con las leyes anteriores y posteriores y su obligación de dejarlas inaplicadas cuando no quepa una interpretación conforme([81]), justificando esta primacía en la cesión parcial de soberanía a la Comunidad([82]) y en su rango superlegal y paraconstitucional([83]), así como en el artículo 96 de la Constitución([84]). Y ha llegado a sostener que las leyes ulteriores incompatibles con el Derecho comunitario han de reputarse inconstitucionales por incompetencia sin que sea preciso, sin embargo, plantear cuestión de constitucionalidad([85]).

2.1.1. La posición inicial del Tribunal Supremo y la reacción del Tribunal Constitucional

La doctrina anteriormente expuesta, que concuerda con lo que habían preconizado las posiciones doctrinales mayoritarias([86]), quedó quebrada inauditamente en unas desafortunadas decisiones ulteriores en las que rectificó su enfoque y proclamó que una jurisdicción ordinaria no podía anular una ley que fuera contraria al ordenamiento comunitario por tratarse de un conflicto supra legal que, como tal, escapaba a su jurisdicción. En efecto, aunque el Tribunal Supremo sostuvo que en el caso concreto no existía

---

([80]) STS de 26 de diciembre de 1990, Aranzadi 1990, nº 10148; 14 de octubre de 1993, Aranzadi 1993, nº 8105; 7 de marzo de 1994, Aranzadi 1994, nº 2235; 21 de marzo de 1994, Aranzadi 1994, nº 2421.

([81]) STS de 24 de abril de 1990, Aranzadi 1990, nº 2747; 25 de septiembre de 1990, Aranzadi 1990, nº 6888.

([82]) STS de 28 de abril de 1987, Aranzadi 1987, nº 4499; 24 de abril de 1993, Aranzadi 1993, nº 2653.

([83]) STS de 17 de abril de 1989, Aranzadi 1989, nº 4524. Vid., no obstante, alguna crítica a esta terminología en LIÑAN NOGUERAS, J. D. y ROLDAN BARBERO, J., "Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho comunitario en España (1986-1989), op. cit., p. 901.

([84]) STS de 25 de marzo de 1991, Aranzadi 1991, nº 3097. En algún caso, el Tribunal Supremo ha razonado en relación con el Derecho comunitario según las técnicas de aplicabilidad del Derecho internacional, señalando que, conforme a los artículos 1.5 del Código Civil y 96.1 de la Constitución, "un tratado válidamente concluido, en cuanto norma contiene ya derechos y obligaciones, y una vez publicado oficiamente en España resulta aplicable en los casos que resulte procedente" (STS de 17 de febrero de 1992, Aranzadi 1992, nº 2491).

([85]) STS de 24 de abril de 1990, Aranzadi 1990, nº 2747. Vid., en la misma posición, STSJ de Canarias de 30 de abril de 1992, La Ley, 7 de octubre de 1992, pp. 1 ss; 18 de enero de 1993, R.G.D., 1994, pp. 14091 ss.

([86]) Vid., para una síntesis de las posiciones sobre la prevalencia del Derecho comunitario sobre la ley nacional y las consecuencias para el juez nacional, RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C., "Problemas jurídicos de la adhesión de España a la Comunidad Europea", op. cit., pp. 215 ss. Más en general, sobre la alteración del sistema tradicional español de fuentes, vid. DIAZ JIMENEZ, M. C., "El sistema de fuentes del Título preliminar del Código civil y el ordenamiento jurídico comunitario europeo", Actualidad Civil, nº 14/5, 11 de abril de 1993, pp. 250 ss; GIRON LARRUCEA, J. A., "El sistema normativo de la CEE y su aplicación en el orden jurídico interno del Estado español", Noticias/CEE, nº 87, 1992, pp. 21 ss; JUANES PECES, A. y GALVAN ARIAS, J. R., "El sistema de fuentes del Derecho español tras la entrada de España en la CEE", La Ley, 1992-3, pp. 854 ss; MASIDES MIRANDA, J. E., "Las fuentes del Derecho en el Derecho europeo y el Código civil", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1990, pp. 397 ss; MOLINA DEL POZO, C., "Modificaciones de la estructura del sistema de fuentes como consecuencia de la pertenencia del Estado a una organización supranacional", Revista de Derecho Público, 1987, pp. 321 ss.

contradicción alguna entre la directiva comunitaria sobre el IVA y la legislación española en la materia([87]), lo que es discutible, añadió que si existiera tal contraposición la respuesta quedaría fuera de su control porque "en tal situación, el único remedio viable sería el planteamiento del asunto ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Este ha reconocido, por supuesto, que los particulares pueden pedir al juez nacional el control de las normas internas aprobadas por el Gobierno (...). Ahora bien, ese control, que en nuestro país corresponde en principio a la jurisdicción contencioso-administrativa, tiene un límite infranqueable marcado por la Constitución, cuyo artículo 106 alude a la potestad reglamentaria que el artículo 97 atribuye al Gobierno de la Nación, así como a la propia de las Comunidades Autónomas (art. 153.c), parámetro coincidente con el diseñado, en su día, hace un tercio de siglo por el artículo 1º de la Ley reguladora de ese orden jurisdiccional, donde se le encomienda el enjuiciamiento de las disposiciones (de carácter general) con categoría o rango inferior a la Ley. Esta, por tanto sólo puede ser residenciada ante el Tribunal Constitucional, en su caso"([88]).

Esta posición coincide sustancialmente con la que, en un caso igualmente aislado, mantuvo el Tribunal Económico Administrativo Central al rechazar un recurso de alzada contra una decisión del Tribunal Económico Administrativo Provincial de Barcelona([89]), alegando que "no obstante lo mencionado en los anteriores considerandos de esta resolución, procede por este Tribunal Económico-Administrativo Central aclarar que este organismo no es competente para enjuiciar la posible o no desviación de nuestro Reglamento del IVA respecto de la Sexta Directriz comunitaria, ya que esto es misión de nuestro más alto Tribunal, único órgano competente para conocer o no de la ilegalidad de las disposiciones de rango legal y reglamentario"([90]). Este modo de actuar ha sido alabado por algunos autores españoles en base a dos argumentos: a) el Tribunal Económico-Administrativo

---

([87]) El Tribunal Supremo examinaba recursos de casación interpuestos por la Generalitat de Cataluña contra actos administrativos que le exigían el pago del IVA por ocupar, como arrendatario, una serie de locales destinados a oficinas. En todos ellos se planteaba la posible contradicción entre las exclusiones contempladas por el artículo 13 de la Directiva 77/318/CEE, de 17 de mayo, sobre el IVA, y la Ley 30/1985, de 2 de agosto, que regulaba el IVA (actualmente derogada por Ley 37/1992, de 28 de diciembre, B.O.E. de 29 de diciembre y R.D. 1624/1992, de 29 de diciembre, B.O.E. de 31 de diciembre).

([88]) STS de 23 de noviembre de 1990, Aranzadi 1990, nº 3438; 26 de noviembre de 1990, Aranzadi 1990, nº 3439; 28 de noviembre de 1990, Aranzadi 1990, nº 3440; 29 de noviembre de 1990, Aranzadi 1990, nº 3441; 30 de noviembre de 1990, Aranzadi 1990, nº 3442.

([89]) El Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Barcelona rechazó la reclamación económica-administrativa interpuesta contra una decisión de la Delegación de hacienda de Barcelona que se negó a conceder una exención de IVA respecto de la prestación de servicios relacionados con el deporte sin ánimo de lucro, a pesar de que se aducía en el recurso que de no concederse la exención se infringiría lo dispuesto por la VI Directiva sobre el IVA, de rango superior a la normativa española. En el recurso de alzada ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, se reproducían esencialmente los mismos argumentos y se aportaba jurisprudencia comunitaria que interpretaba la directiva comunitaria, en concreto el asunto URSULA BECKER.

([90]) Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 6 de julio de 1988, texto inédito.

Central no es un órgano jurisdiccional y, por lo tanto, no puede enjuiciar la potestad legal o reglamentaria; b) el Tribunal Económico-Administrativo Central es un órgano meramente administrativo, de tal suerte que no puede hacer una interpretación que descarte la aplicación de la norma interna que se oponga a la comunitaria, debiendo remitir el conflicto ante los tribunales ordinarios([91]). Es imposible compartir estas opiniones porque para el Derecho comunitario el Tribunal Económico-Administrativo Central sí que es un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 177 del Tratado C.E., como se ha tenido ocasión de exponer con anterioridad([92]), de tal suerte que si tiene dudas sobre el sentido y alcance de una directiva debe plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, y si no duda de la incompatibilidad de la normativa española deberá dejarla inaplicada. Además, incluso si fuera un órgano puramente administrativo, debería igualmente inaplicar las normas españolas contrarias al Derecho comunitario, puesto que, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria([93]), no sólo los órganos judiciales sino cualquier autoridad nacional, incluso no judicial, está obligada por el principio de la primacía del Derecho comunitario y debe, por lo tanto, dejar sin aplicar las normas o actos estatales que se le opongan. Consagrar otro tipo de solución en la materia, además de infringir de un modo palmario la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, restringiría los derechos y garantías de los ciudadanos y únicamente serviría para retrasar la acción de la justicia y la aplicación de las disposiciones comunitarias, haciéndoles correr con la costosa carga de impugnar una resolución que ya desde un principio debería serles favorables([94]).

La posición del Tribunal Supremo, como la del Tribunal Económico-Administrativo Central, no hace sino reproducir la construcción que el Tribunal Constitucional italiano sostuvo hasta su sentencia GRANITAL de 1984([95]), y ha sido defendida en un escrito particular, por un miembro del Tribunal Constitucional, señalando que "el control de las normas internas de transposición de directivas corresponde, en principio, a la jurisdicción contencioso-administrativa, con un límite infranqueable marcado en la Constitución, puesto que el control de las leyes es competencia del Tribunal Constitucional y ante él deben

---

([91]) SORIANO GARCIA, J. E., "El efecto directo de las directivas: posiciones iniciales de nuestra jurisprudencia", op. cit., pp. 149 ss.

([92]) Vid. supra Capítulo VI, apartado 1.1.2.

([93]) STJCE de 22 de junio de 1989, asunto Fratelli Constanzo, nº 103/88, rec. 1989, pp. 1870-1871; 13 de noviembre de 1990, asunto Marleasing, nº C-106/89, rec. 1990, p. I/4159; dictamen nº 1/92, de 10 de abril de 1992, rec. 1992, p. I/2844.

([94]) Vid., en una posición análoga, TRAYTER JIMENEZ, J. M., "El efecto directo de las directivas comunitarias: el papel de la administración y de los jueces en su aplicación", op. cit., p. 275.

([95]) Resultaría superfluo reiterar aquí esta jurisprudencia: vid. supra Capítulo V, apartado 2.1.3.

residenciarse"([96]). Es baladí reproducir aquí toda la discusión doctrinal que rodea el tema por lo que basta con señalar que ambas jurisdicciones no asumieron, o quizá no comprendieron, en estos asuntos que el conflicto entre ley y norma comunitaria supone un conflicto entre normas de dos ordenamientos que, aunque coordinados, son autónomos, y no han entendido tampoco que las reglas de resolución de los conflictos recíprocos son las impuestas por el ordenamiento jurídico de la Comunidad, porque así se ha aceptado en aplicación del artículo 93 de la Constitución española.

Afortunadamente, el Tribunal Constitucional ha admitido sin ningún problema la primacía del Derecho comunitario sobre el derecho interno, así como la competencia de los órganos judiciales ordinarios para garantizarla, desde la primera vez que se pronunciara sobre la cuestión, la sentencia de 14 de febrero de 1991, en la que desestimó el recurso de inconstitucionalidad del Parlamento Vasco contra ciertos preceptos de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General relativos a las elecciones al Parlamento Europeo. El asunto ya es conocido por cuanto se ha aludido al mismo en una de sus facetas: la negación de su condición de órgano jurisdiccional a los efectos del planteamiento de cuestiones prejudiciales. Se alegaba que una de las disposiciones impugnadas -la que establece la incompatibilidad de la condición de parlamentario europeo con la de miembro de una asamblea legislativa de una Comunidad Autónoma- estaba en contradicción con el artículo 5 del Acta relativa a la elección por sufragio universal directo de los representantes del Parlamento Europeo y, por consiguiente, infringía distintos preceptos de la Constitución, en particular los artículos 93 y 96.1 de la Constitución([97]). El Tribunal Constitucional declaró que "serán los órganos judiciales quienes, en los procesos correspondientes, hayan de pronunciarse sobre la repetida contradicción como paso previo a la aplicación o inaplicación" de la disposición interna cuestionada([98]).

([96]) MENDIZABAL ALLENDE, R. (de), "La recepción del Derecho comunitario europeo en la jurisprudencia española", Noticias/CEE, nº 100, 1993, p. 81.

([97]) En relación con los argumentos sobre los que se suscita el debate sobre el doble mandato parlamentario, vid. DA SILVA OCHOA, J. C., "La legislación española sobre elecciones al PE: la cuestión del doble mandato", R.I.E., 1988-2, pp. 485 ss; ELIZALDE, J., "El régimen electoral del PE: ¿quiebra en la primacía del Derecho comunitario?", R.I.E., 1989-3, pp. 809 ss.

([98]) STC nº 28/1991, de 14 de febrero, B.J.C. nº 119, pp. 15 ss, fundamento 6. La interpretación de este fundamento es controvertida. A. MANGAS MARTIN sostiene que supone la exigencia de un pronunciamiento judicial interno como requisito previo a la inaplicación del Derecho comunitario, apostillando que no acaba de entender por qué exige el Tribunal Constitucional tener que acudir a la vía judicial para asegurar la aplicación efectiva del Derecho comunitario, y lo considera injustificable ("La Constitución y la ley ante el Derecho comunitario...", op. cit., pp. 609-613). En contra, G. C. RODRIGUEZ IGLESIAS postula que esta problemática no fue en absoluto contemplada por el Tribunal Constitucional, cuyas consideraciones se refieren exclusivamente a la garantía judicial de la plena eficacia del Derecho comunitario, de tal suerte que se limitó a poner de relieve que la inaplicación de la ley interna es la consecuencia de su incompatibilidad con el Derecho comunitario ("Tribunales Constitucionales y Derecho comunitario", op. cit., p. 1191, nota 74). Dada la argumentación del Tribunal Constitucional, que citó diferentes decisiones del Tribunal de Justicia, parece un lapsus calami que no tiene por fin restringir la obligación que el Tribunal de Justicia ha señalado que tienen las autoridades públicas no

Aunque la argumentación del Tribunal Constitucional para excluir su jurisdicción en orden a examinar la inconstitucionalidad de una ley por disparidad con una norma comunitaria es discutible en algunos aspectos([99]) y equivocada en otros([100]), tiene algunos méritos indudables([101]), y es perfectamente ortodoxa cuando hace referencia explícita a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para resaltar la competencia de las jurisdicciones ordinarias en orden a pronunciarse sobre la contradicción entre legislación estatal y Derecho comunitario y sobre la consiguiente inaplicación de aquélla, en su caso previo planteamiento de cuestión prejudicial. Este enfoque es el único acertado cuando la ley haya sido dictada para dar ejecución a una obligación comunitaria (como en el caso de autos), porque en esta hipótesis su causa y su parámetro no está tanto en la Constitución como en la propia norma comunitaria que le proporciona base jurídica([102]). Ello no significa que la norma interna de ejecución del Derecho comunitario pueda, sin más, desconocer la Constitución y otras normas internas: la ejecución se hace conforme al principio de autonomía institucional y procedimental en lo que no esté regulado expresamente por la norma comunitaria, así como respecto de lo que se habilite explícitamente a los Estados miembros([103]) y, en consecuencia, las autoridades públicas que la desarrollen deberán respetar el orden interno en esos ámbitos que resultan ser de competencia nacional por falta de competencia comunitaria, defecto en su ejercicio o habilitación a las autoridades internas. Si no se respeta este ámbito residual de competencias nacionales, podrá ser objeto de control de constitucionalidad, pero sólo por el mismo y en la justa medida que lo abarque([104]). En cambio, cualquier incompatibilidad con la norma comunitaria no podrá ser objeto de control de constitucionalidad porque la ley nacional de ejecución es, respecto

---

judiciales de dejar inaplicada una norma nacional contraria (STJCE de 22 de junio de 1989, asunto Fratelli Constanzo, nº 103/88, rec. 1989, pp. 1839 ss) y, por lo tanto, sin tener que acudir a ningún proceso para ello.

([99]) Cuando afirma que se trata de un conflicto entre normas infraconstitucionales (vid. infra).

([100]) El Acta relativa a la elección de los representantes de la Asamblea por sufragio universal y directo es una norma de Derecho comunitario primario y no secundario, como afirmó el Tribunal Constitucional en su fundamento 4, y de forma inconcusa lo han demostrado A. MANGAS MARTIN ("La Constitución y la Ley ante el ordenamiento comunitario...", op. cit., pp. 593-595) y D. RUIZ-JARABO COLOMER (El juez nacional como juez comunitario, op. cit., pp. 66-67).

([101]) Entre ellos, servir para zanjar antes de que se plantease un problema real la errática jurisprudencia que, en términos teóricos, habían asentado el Tribunal Supremo y el Tribunal Económico-Administrativo Central.

([102]) A fin de cuentas, la ley interna de ejecución es una norma delegada que, si bien es formalmente una norma interna y sometida en todos sus aspectos formales al derecho interno, está vinculada en sus aspectos esenciales a la norma comunitaria a la que da ejecución. Con otras palabras, es lo que decía P. PESCATORE cuando señalaba que el derecho nacional de ejecución del Derecho comunitario es "un derecho adventicio" (L'ordre juridique..., op. cit., pp. 193 y 198-199).

([103]) El propio Tribunal Constitucional viene a avalar esta posición cuando señala que el hecho de que los poderes públicos actúen en cumplimiento de normativa comunitaria "no debe llevar a considerar que la administración ya no es administración nacional, sino mero agente comunitario no sujeto al ordenamiento interno (...). También en estos casos siguen siendo poder público que está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico español (STC nº 64/1991, de 22 de marzo, B.J.C. nº 120, pp. 87 ss, fundamento 4).

([104]) Es perfectamente posible que una ley nacional sea respetuosa con el Derecho comunitario y, en cambio, vulnere, bien formal, bien materialmente, algun precepto constitucional, en cuyo caso sería obligado plantear la cuestión de constitucionalidad.

al contenido regulado por el Derecho comunitario, de competencia comunitaria y su parámetro está en la norma comunitaria de la que trae su causa([105]).

Dicho con otras palabras, el juez nacional no deberá, como regla general, plantear cuestión de constitucionalidad, sino examinar su conformidad con la norma comunitaria, formulando en su caso cuestión prejudicial de interpretación para que éste resuelva sus dudas sobre la compatibilidad de la norma nacional con la comunitaria y, en su caso, cuestión prejudicial de validez si tiene dudas de la conformidad de la norma comunitaria con la Constitución. En efecto, aunque directamente no puede plantearse la validez de una norma comunitaria con la Constitución sino con las reglas superiores del Derecho comunitario, hay que tener en cuenta que, entre las mismas, están los principios esenciales de las Constituciones internas, en cuanto integrados en el Derecho comunitario bajo la forma de principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros([106]). Si el Tribunal de Justicia entiende que esa norma comunitaria viola efectivamente las normas superiores, la invalidará, con lo que este hipotético supuesto de conflicto entre Derecho derivado y Constitución quedaría resuelto sin romperse la unidad del Derecho comunitario: si la ley nacional de ejecución era conforme a la norma comunitaria será inaplicable por faltarle su base jurídica, y si no era conforme será perfectamente aplicable para la resolución del litigio en cuanto compatible con las reglas superiores del ordenamiento comunitario.

En asuntos ulteriores, el Tribunal Constitucional ha confirmado que no le correspondía controlar la adecuación de las actividades de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario europeo, pues "este control compete a los órganos de la jurisdicción ordinaria en cuanto aplicadores que son del ordenamiento comunitario"([107]). Esta jurisprudencia tan

---

([105]) Es lo que correctamente viene a decir la STC nº 29/1991, de 14 de febrero, fundamento 6, y la doctrina lo aprueba. Así, T. R. FERNANDEZ cuando apunta que "la contradicción entre el Derecho comunitario y el derecho nacional constituye así un problema de legalidad ordinaria y de relación entre ordenamientos, y no de constitucionalidad", de tal suerte que debe resolverse "desde parámetros comunitarios" ("El control del Derecho interno que infrinja el Derecho comunitario europeo...", op. cit., p. 574). Incluso la COMISION de las Comunidades Europeas ha considerado oportuno destacar que "no puede [el Tribunal Constitucional español] pronunciarse sobre la compatibilidad del derecho español con el Derecho comunitario, dado que éste no forma parte de la Constitución española" ("Noveno Informe anual al Parlamento Europeo sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario", D.O.C.E. nº C-250, de 28 de septiembre de 1992, p. 71).

([106]) El Tribunal de Justicia no admite medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de los Estados miembros (STJCE de 14 de mayo de 1974, asunto Nold, nº 4/73, rec. 1974, pp. 491 ss), precisando que la apreciación de un atentado al sistema constitucional básico por parte de un acto institucional se lleva a cabo en el marco del Derecho comunitario mismo para asegurar la cohesión jurídica de la Comunidad (STJCE de 13 de diciembre de 1979, asunto Liselotte Hauer, nº 44/79, rec. 1979, p. 3744), y de ahí su integración por la vía de los principios generales del Derecho comunitario comunes a los Estados miembros (STJCE de 17 de diciembre de 1970, asunto Internationale Handelsgesselschaft, nº 11/70, rec. 1970, pp. 1135 ss).

([107]) STC nº 64/1991, de 22 de marzo, B.J.C. nº 120, pp. 87 ss, fundamento 4; nº 180/1993, de 31 de mayo, B.J.C. nº 147, pp. 48 ss, fundamento 4.

clara del Tribunal Constitucional enmendó la plana a la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes de que se produjesen conflictos como en Italia, y con toda la razón, como puede comprenderse si se tiene en cuenta que la posición del Tribunal Supremo casa mal y diverge profundamente de la doctrina clásica del Tribunal de Justicia, según la cual la prevalencia de las normas comunitarias es absoluta y excluye el recurso al juez constitucional ante un eventual conflicto con las normas nacionales, puesto que se atentaría a la unidad, eficacia e incluso la propia existencia del Derecho comunitario([108]). Era, además; injustificable en el nivel teórico en que se planteó, a la vista de 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)([109]). El control que puede ser llevado a ejercer el juez ordinario sobre la conformidad de las normas legislativas con el Derecho comunitario no constituye un verdadero control de constitucionalidad de la ley o, por lo menos, es tan defendible sostener que la inaplicación de la ley para garantizar la primacía de los Tratados comunitarios entraña un control de validez constitucional como que es simplemente un control de aplicabilidad y, por tanto, de elección de la norma aplicable que no censura su constitucionalidad([110]).

([108]) STJCE de 15 de julio de 1964, asunto Costa c. E.N.E.L., nº 6/64, rec. 1964, pp. 1141 ss; 17 de diciembre de 1970, asunto Internationale Handelsgesselschaft, nº 11/70, rec. 1970, pp. 533 ss; 13 de julio de 1972, asunto Comisión c./ Italia, nº 48/71, rec. 1972, pp. 533 ss; 9 de marzo de 1978, asunto Simmenthal, nº 106/77, rec. 1978, pp. 644 ss; ATJCE de 22 de junio de 1965, asunto San Michele, nº 9/65, rec. 1967, pp. 35 ss. Cabe añadir que las posiciones del Tribunal Supremo han sido censuradas por la Comisión de las Comunidades Europeas en su informe sobre el cumplimiento del Derecho comunitario correspondiente a 1991.

([109]) NGUYEN QUOC DINH, "Note sous décision du Conseil constitutionnel nº 74-54 DC, du 15 janvier 1975", op. cit., pp. 867 ss. A diferencia de lo que sucedía en la doctrina y jurisprudencia de otros Estados miembros (vid. supra Capítulo V, apartado 2.1.1), el tema es pacífico dentro de la doctrina española, que apoya esta distinción al señalar que no implica una censura de validez constitucional: vid., entre otros, FALCON TELLA, R., "La legitimación de los Tribunales Económico-Administrativos para plantear cuestión prejudicial (En torno a la Resolución del TEAC de 29 de marzo de 1990)", op. cit., p. 1110; FERNANDEZ PAVES, M. J., "La repercusión del Derecho comunitario sobre la devolución de ingresos tributarios indebidos", op. cit., p. 40; GARCIA DE ENTERRIA, E., La batalla por las medidas cautelares, op. cit., pp. 55-56; JUANES PERES, A. y GALVAN ARIAS, J. R., "El sistema de fuentes del Derecho español tras la entrada de España en la CEE", op. cit., p. 860. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las cosas están asimismo claras, pues defiende taxativamente que no implica un control de constitucionalidad sino de selección de la norma aplicable (STC español nº 28/1991, de 14 de febrero, fundamento 5).

([110]) En efecto, como la Tesis doctoral puso de relieve anteriormente (supra Capítulo V, apartado 2.1.1), la distinción no tiene un alcance tan absoluto como parece a primera vista: apartar una ley por ser contraria a un tratado supone, en cierto modo, censurar el texto que se inaplica 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 -dado que lo reputa inválido- para acercarse al del control constitucional, aunque no sea propiamente tal -toda vez 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-.

Dado que los artículos 40.2 de la L.O.T.C. y 5.1. de la L.O.P.J. preceptúan que la jurisdicción ordinaria y, por lo tanto, el Tribunal Supremo, está vinculada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es indudable que el Tribunal Supremo tiene que rectificar esta errónea y errática jurisprudencia, procediendo a inaplicar la ley estatal contraria para seguir lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional y comunitaria. Sin embargo, en ciertas decisiones de 1992 reiteró su posición en los mismo términos, con el agravante de que en uno de dichos casos reconoció expresamente que existía el conflicto entre una directiva comunitaria mal transpuesta y la legislación española de desarrollo([111]), lo que ha dado lugar al examen por la Comisión de si se había cometido una infracción al Derecho comunitario en orden a adoptar las oportunas medidas([112]).

En la línea correcta, aunque sin citar las decisiones del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia, una decisión de 10 de mayo de 1993 inaplicó la Ley de Protección y renovación de la flota de 12 de mayo de 1956 por contravenir el Derecho comunitario, al reservar el tráfico de mercancías y pasajeros en navegación de cabotaje nacional exclusivamente a buques de contrucción nacional, previsión que obstaculizaba la libertad de comercio intracomunitario (artículo 30 del Tratado C.E.)([113]); y una sentencia de 3 de noviembre de 1993 declaró nulo un Real Decreto Legislativo porque la vulneración de las disposiciones comunitarias relativas a la libre prestación de servicios suponía desbordar los límites de la delegación legislativa conferida al Gobierno por la Ley 47/85, de 27 de

---

([111]) STS de 17 de febrero de 1992, Aranzadi 1992, nº 2491; 5 de junio de 1992, Aranzadi 1992, nº 5371; 8 de octubre de 1992, Aranzadi 1992, nº 8462. En esta última, señaló en su fundamento primero que "subyace, entonces, en la pretensión de la apelante, cuestión distinta cuál es la del control en la aplicación de las Directivas, es decir, verificación de su correcta o incorrecta introducción en el ordenamiento nacional. Sabido es que, de una parte, existe un control a cargo de ciertas instancias comunitarias (Comisión y Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea); pero lo que aquí se cuestiona es el control por el juez nacional respecto de la adecuación de las normas internas adoptadas en aplicación de la directiva al texto de ésta. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha reiteradamente reconocido (Sentencia Verbond nederlandsee Ondernemingen -Asunto 51/76-, Sentencia Delkvist -Asunto 21/78-) que los particulares tienen derecho a hacer controlar por el juez nacional las normas internas aprobadas por el Gobierno para desarrollar las directivas; mas ese control tiene en el ordenamiento jurídico español el límite que viene impuesto por el artículo 1º de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, es decir, que las normas internas dictadas para el desarrollo de la directiva tengan rango inferior al de ley. En otro caso, y así es precisamente en el que constituye la materia objeto de este pleito), los tribunales españoles no pueden ejercer el control de adecuación de las leyes con las directivas que desarrollen o introduzcan". Vid., para su comentario crítico, IBAÑEZ GARCIA, I., "El control de la aplicación de las directivas en España. Aportación a una controversia", Noticias de la Unión Europea, nº 109, 1994, pp. 31 ss.

([112]) I. IBAÑEZ GARCIA recuerda en una publicación ("El control de la aplicación de las directivas en España. Aportación a una controversia", op. cit., pp. 33) que, a la vista de la indefensión que creaba esta jurisprudencia, que además contradecía al Tribunal Constitucional y al Tribunal de Justicia, él mismo se dirigió al Presidente de la Comisión, instándole a dirigir un requerimiento a España para que adoptara las medidas legislativas necesarias para terminar con esta situación de indefensión y que se hiciera efectivo el principio de primacía del Derecho comunitario por el juez nacional. El Director del Servicio Jurídico de la Comisión contestó que, en nombre de DELORS, tras recordar la jurisprudencia comunitaria relativa a los caracteres del orden jurídico comunitario, que "tengo el placer de comunicarle que su carta ha sido remitida a las instancias competentes de la Comisión para su examen y la posterior adopción, en su caso, de las medidas pertinentes".

([113]) STS de 10 de mayo de 1993, Aranzadi 1993, nº 3406.

diciembre([114]). Esta jurisprudencia confirma en la práctica ciertas afirmaciones teóricas contenidas en una sentencia dictada unos meses atrás, en la que había declarado taxativamente que "el reconocimiento explícito e incondicionado del valor del Derecho comunitario, entendiendo por tal el Derecho originario (Tratados, básicamente) y Derecho derivado (reglamentos, directivas y decisiones con sus correspondientes especificaciones) (...) [suponía] el efecto ya clásico de obligar directamente a todos los Estados miembros y de primacía sobre derechos nacionales"([115]). Decisiones dictadas en los últimos tiempos permiten deducir que ha abandonado su errática jurisprudencia, pues no sólo ha reconocido expresamente la primacía del Derecho comunitario([116]) sino que, en aplicación de este principio, ha admitido que era válido un real decreto que contradecía lo dispuesto por una ley nacional porque era conforme al Derecho comunitario([117]), y ha aceptado la obligación del juez nacional de dejar inaplicada una ley nacional -incluso ulterior- en caso de contradicción sin tener que acudir ante el Tribunal Constitucional([118]).

Conviene señalar, en todo caso, que hay supuestos en los que el Tribunal Constitucional, a título excepcional, puede verse implicado en un conflicto entre norma legislativa nacional y comunitaria porque ésta afecte directa y negativamente a la Constitución, poniendo en juego la pervivencia de su propia esencia. En primer lugar, en el supuesto de que, llevado el conflicto en vía prejudicial ante el Tribunal de Justicia, éste estimase que la norma comunitaria es válida, el juez nacional estaría legitimado para llevar el conflicto ante el Tribunal Constitucional, porque la competencia de la competencia corresponde al Estado y su consiguiente control al órgano legitimado por excelencia para tal menester: el Tribunal Constitucional. Aunque el tema dista de ser pacífico en la doctrina española([119]), no debe olvidarse que la defensa de la Constitución debe llevarse a cabo a título principal por parte del órgano que ella misma designa como su defensor por excelencia y que la transferencia

---

([114]) STS de 3 de noviembre de 1993, Aranzadi 1993, nº 8847.

([115]) STS de 20 de octubre de 1992, Aranzadi 1992, nº 8462.

([116]) STS de 12 de mayo de 1992 Aranzadi 1992, nº 3978; 27 de mayo de 1992, Aranzadi 1992, nº 5340; 1 de junio de 1992, Aranzadi 1992, nº 5516; 2 de junio de 1992, Aranzadi 1992, nº 5519; 5 de junio de 1992, Aranzadi 1992, nº 5370; 8 de julio de 1994, Aranzadi 1994, nº 5679 y 6260.

([117]) STS de 6 de julio de 1993, Aranzadi 1993, nº 6126. Vid., para su comentario, IBAÑEZ GARCIA, I., "Matizaciones a la sentencia del Tribunal Supremo de 6-7-1993: ¿la crisis de la reserva de ley?", G.J.C.E.E., 1994, B-91, pp. 19 ss.

([118]) STS 19 de enero de 1993, Aranzadi 1993, nº 396; 24 de abril de 1993, Aranzadi 1993, nº 2653.

([119]) Vid., rotundamente en contra, MANGAS MARTIN, A., Derecho comunitario europeo y derecho español, op. cit., pp. 144-146; en una posición inicialmente similar, pero con reservas en favor del Tribunal Constitucional ante posibles casos límites, MUÑOZ MACHADO, S., El Estado, el derecho interno y la Comunidad Europea, op. cit., pp. 264-266; PEREZ TREMPS, P., Constitución española y Comunidad Europea, op. cit., p. 185; RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C., "Problemas jurídicos de la adhesión de España a la Comunidad Europea", op. cit., p. 222; con menos reservas, REMIRO BROTONS, A., Derecho internacional público, op. cit., pp. 344-347; TRAYTER JIMENEZ, J. M., "El efecto directo de las directivas comunitarias: el papel de la administración y de los jueces en su aplicación", op. cit., pp. 276-277, nota 137; finalmente, en la posición más proclive a la competencia del Tribunal Constitucional, RUIZ RUIZ, F., El artículo 93 de la Constitución española y el sistema de fuentes, op. cit., espec. pp. 76-77.

de derechos soberanos a la Comunidad no es ilimitada, de tal suerte que lo no transferido sigue siendo competencia nacional y lo transferido no puede àfectar, sin reforma constitucional previa, a la "substancia" de la Constitución, encontrándose sin duda entre dichos principios estructurales básicos los derechos fundamentales, por lo que el Tribunal Constitucional podría estar llamado, en supuestos excepcionales, a llevar a cabo un control de constitucionalidad si una normativa comunitaria los afectase([120]).

Existe otro supuesto excepcional en el que sería factible plantear el conflicto ante el Tribunal Constitucional, a saber, en supuestos especialmente graves de vulneración del Derecho comunitario por parte del poder legislativo nacional, como en caso de invasión patente y deliberada por parte del legislador interno del ámbito competencial válidamente atribuido a la Comunidad Europea con ocasión de la adhesión o las sucesivas reformas de los Tratados constitutivos, en cuyo caso debería permitirse al Tribunal Constitucional resolver un recurso directo o, en su caso, la cuestión de constitucionalidad([121]). Por razones obvias el tema dista de ser sencillo([122]), pero cabe señalar que sólo se postula esta posición a título excepcional([123]) y en aras a una plena garantía de la seguridad jurídica([124]), de

---

([120]) Esta postura la ha hecho suya el Tribunal Constitucional Federal alemán, especialmente en su reciente sentencia de 25 de enero de 1995, concediendo el amparo solicitado porque la normativa comunitaria violaba derechos fundamentales que las jurisdicciones alemanas no habían sabido proteger (Juristen Zeitung, 1995, pp. 352 ss). Aunque se trataba de un recurso de amparo, lo afirmado es aplicable, mutatis mutandis, al caso de las cuestiones de constitucionalidad.

([121]) Para ello bastaría con que el Tribunal Constitucional sacase las debidas consecuencias de lo que acertadamente afirmó en sus sentencias nº 28/1991 y 64/1991, que el Derecho comunitario era un elemento de interpretación (criterio hermenéutico) de los preceptos constitucionales: no formaba parte del bloque de constitucionalidad, pero se integraba en la propia Constitución en cuanto al contenido material del precepto constitucional cuya violación por la ley interna se invocase. Planteado el tema de esta manera, se resolvería también la cuestión de si el Tribunal Constitucional es o no órgano jurisdiccional a los efectos del 177 y si debe o no plantear cuestión prejudicial: debería hacerlo si para interpretar correctamente el precepto constitucional cuya violación se invoca hace falta acudir a la normativa comunitaria, en cuanto ésta haya incidido en el mismo, es decir, en cuanto la materia objeto del precepto constitucional sea de las que, parcial o totalmente, haya sido asumida por la normativa comunitaria (vid. supra Capítulo VI, apartado 1.1.3). Esta solución no es una novedad: tampoco las disposiciones constitucionales relativas a la tutela de los derechos fundamentales forman parte formalmente del Derecho comunitario y, sin embargo, sí que se han integrado materialmente tales tradiciones constitucionales en calidad de principios generales de este orden jurídico en orden a asegurar su protección, por lo que el fenómeno debe admitirse no en una sola dirección (derecho nacional hacia Derecho comunitario) sino también en la dirección inversa.

([122]) En tanto se resolviese el recurso o la cuestión de constitucionalidad, se atentaría a la garantía de aplicación inmediata y eficaz del Derecho comunitario (STJCE de 15 de julio de 1964, asunto Costa c./ E.N.E.L., nº 6/64, rec. 1964, pp. 1141 ss), y el juez comunitario no está en absoluto de acuerdo con que sea preciso pedir o esperar la derogación previa de una disposición nacional contraria (STJCE de 11 de julio de 1989, asunto Ford España, nº 170/88, rec. 1989, pp. 2305 ss), como tampoco su declaración de inconstitucionalidad en la medida en que supone un obstáculo, incluso de carácter temporal, a la plena eficacia del Derecho comunitario (STJCE de 9 de marzo de 1978, asunto Simmenthal, nº 106/77, rec. 1978, pp. 629 ss) y podría hacer incurrir en responsabilidad al Estado español.

([123]) Recuérdese que es la posición que, a título de excepción, mantiene el Tribunal Constitucional italiano para los casos en los que las normas internas hayan sido dictadas con la finalidad manifiesta de impedir la observancia del Derecho comunitario, pudiendo ser declaradas inconstitucionales (sentencia nº 170/1984, de 8 de junio), aunque en el caso concreto en que se planteó la inconstitucionalidad con este fundamento lo declarase inadmisible (sentencia nº 286/1986, de 19 de diciembre). Vid. supra Capítulo V, apartado 2.1.3.

tal suerte que si no concurren imperiosas consideraciones de seguridad jurídica debe preservarse la regla general de competencia de las jurisdicciones ordinarias para garantizar la plena eficacia del Derecho comunitario([125]), inaplicando en su caso las leyes nacionales contrarias sin planteamiento de cuestión de constitucionalidad([126]). Aunque la jurisprudencia constitucional no parece estar por la labor([127]), para permitir este apoderamiento excepcional del Tribunal Constitucional es posible encontrar algún apoyo en su jurisprudencia general relativa a los tratados internacionales ([128]).

2.1.2. El reconocimiento de la primacía por las otras jurisdicciones españolas

Al margen del Tribunal Supremo, las jurisdicciones ordinarias han aceptado y aplicado bien el principio de primacía del Derecho comunitario sobre la ley, anterior y ulterior, estatal o autonómica, así como sobre las disposiciones de rango inferior a la ley, inaplicando las leyes([129]) sin necesidad de esperar a su derogación([130]), y anulando o revocando las normas o actos de rango infralegal([131]) cuando entraban en colisión con una disposición comunitaria y no era posible su resolución por la vía de la interpretación conforme de la

---

([124]) Dado que el juez ordinario se encuentra ante la imposibilidad de expulsar definitivamente del ordenamiento normas estatales reconocidas como contrarias a cualquier norma de derecho derivado y ello puede producir cierta inseguridad jurídica para los ciudadanos nacionales y de otros países de la Comunidad. Conviene recordar que el Tribunal de Justicia ha condenado reiteradamente el mero mantenimiento de normas nacionales contrarias al Derecho comunitario (STJCE de 15 de octubre de 1986, asunto Comisión c./ Italia, nº 168/85, rec. 1986, pp. 2945 ss; 24 de marzo de 1988, asunto Comisión c./ Italia, nº 104/86, rec. 1988, pp. 1799 ss).

([125]) Concurrirían estas consideraciones especiales de seguridad jurídica, por ejemplo, en caso de mantener el Tribunal Supremo su concepción como conflicto supra legal de la hipótesis de antinomias entre norma legislativa española y norma comunitaria. Si el Tribunal Supremo no modificase su jurisprudencia y sigue declinando su competencia para conocer el problema, y el Tribunal Constitucional no fuese tampoco competente para resolver el conflicto por ser de legalidad ordinaria, la seguridad jurídica quedaría en entredicho y la responsabilidad española comprometida si el legislador no la derogase. En hipótesis como ésta casi sería imprescindible que el Tribunal Constitucional modificase su posicionamiento.

([126]) Entre los que apoyan esta solución en casos límites, vid. DESANTES REAL, M., "El Tribunal Constitucional y la garantía de la aplicación del Derecho comunitario por los poderes públicos nacionales...", op. cit., pp. 49-52; FERNANDEZ, T. R., "El control del derecho interno que infrina el Derecho comunitario europeo...", op. cit., pp. 587-588; IZQUIERDO PERIS, J. J., "El Tribunal Constitucional como órgano de garantía del Derecho comunitario en España", op. cit., pp. 19 y 23; TRAYTER, J. M., "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo acerca de la colisión del Derecho comunitario derivado con normas de derecho interno", Noticias/CEE, nº 100, 1993, p. 128. Más en general sobre el tema, vid. MANGAS MARTIN, A., "Tribunal Constitucional español y Derecho comunitario europeo", en Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Libro Homenaje al Profesor Don Antonio TRUYOL SERRA, vol. II, Madrid: C.E.C. 1986, pp. 732 ss.

([127]) Vid. las decisiones citadas supra.

([128]) Por ejemplo, en la STC nº 49/1988, de 22 de marzo, B.J.C. nº 84, p. 472, fundamento 14.

([129]) STSJ de Cataluña de 14 de junio de 1991, texto inédito.

([130]) Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 17 de enero de 1990, La Ley. Impuestos, 1990-2, pp. 612 ss.

([131]) STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de noviembre de 1989, La Ley Impuestos, 1990-2, pp. 607 ss; AN de 5 de junio de 1993, Noticias de la Unión Europea, nº 110, 1994, pp. 115 ss.

normativa española([132]), en su caso previo planteamiento de cuestión prejudicial para aclarar las dudas existentes([133]). Desde esta perspectiva, interesa destacar la declaración de principios de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional poniendo de relieve, en un interesante razonamiento, que "ha de hacerse constar que, efectivamente, no desconoce este tribunal, y menos puede dejar de acatar y cumplir, las disposiciones comunitarias, que son de orden supranacional" refiriéndose en concreto a los artículos 67 a 73 y 106 del Tratado C.E., sobre libertad de circulación de capitales([134]).

Conviene individualizar la posición del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el asunto FORD ESPAÑA. Tras señalar que los derechos obvencionales de aduanas cobrados constituían una exacción de efecto equivalente en el sentido de los artículos 9, 12 y 13 del Tratado C.E. y 35 del Acta de Adhesión y, por tanto, que estaban prohibidos a partir del 1 de marzo de 1986, indicó con el objeto de resolver las consecuencias jurídicas de la ilegalidad constatada que "como es sabido, la CE de 27 de dic. 1978, en su art. 93, preveía la hipótesis de la futura integración de España en la CEE, para lo cual se aprobó la Ley Orgánica de Adhesión a la CEE (BOE 2 jun. 1985). El texto de esta ley supone la sumisión del ordenamiento jurídico interno al Derecho de la CEE, formando parte del derecho español dos grandes bloques de normas, el Derecho originario (constituido por los Tratados constitutivos de las Comunidades y aquellos otros que posteriormente han venido a completarlos o a modificarlos, entre ellos destaca el Tratado de Roma) y el Derecho derivado. Es así como el Tratado de Roma, como intimante del Derecho primario conforme a lo dispuesto en el art. 96.1 CE (también según el art. 1.5 CC, modificado por D 31 de mayo 1974) y la LO 2 ago. 1985, ya reseñada, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico; por lo tanto, las normas estatales anteriores que se le opongan quedan derogadas, y las posteriores que las contraríen son inconstitucionales por violación de los arts. 93 y 96.1 CE, teniendo dicho Derecho comunitario primacía sobre el derecho interno en virtud del princiio de autonomía o de atribución de competencias, puesto que las cedidas a la Comunidad sólo pueden regularse por las normas comunitarias, dado que los Estados han perdido competencia

---

([132]) STSJ de Cataluña de 14 de febrero de 1994, Noticias de la Unión Europea, nº 114, 1994, pp. 141 ss. A la inversa, han aplicado la normativa española cuando la interpretación conforme a la luz del Derecho comunitario revelaba su compatibilidad (SAP de Pamplona de 5 de noviembre de 1991, texto inédito).

([133]) Por ejemplo, en el asunto MARLEASING el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Oviedo elevó cuestión prejudicial, por auto de 13 de marzo de 1989, respecto a la interpretación del artículo 11 de la Directiva 68/152/CEE, relativa a las causas que pueden justificar la declaración de nulidad de una sociedad anónima, dado que según el sentido de la respuesta del Tribunal de Justicia el juez nacional podría tener que proceder a inaplicar la ley española sobre sociedades anónimas por incompatible (D.O.C.E. nº C 1/, de 9 de mayo de 1989, p. 6). Vid., para otros ejemplos, supra apartado 2.2.3.

([134]) SAN de 31 de octubre de 1989, La Ley, 1990-3, pp. 620 ss. La jurisdicción española condenó a penas de prisión mayor por evasión de capitales, dado que el examen de las consecuencias de la adhesión española a las Comunidades, el Acta Unica Europea, las directivas del Consejo y la jurisprudencia comunitaria revelaba que los artículos 67 a 73 y 106 del Tratado C.E. no eran aplicables directamentes y, además, la evasión se había producido respecto a Suiza y Andorra.

sobre las materias transferidas (TJCE S 16 dic. 1960); consecuencia de ello, al ser los derechos obvencionales aplicables con motivo de los despachos de importación que se efectúan en recintos o lugares que no tengan carácter público exacciones de efecto equivalente, según interpretación dada por el Tribunal de Luxemburgo en S. 11 jul. 1989, que resolvió la cuestión prejudicial planteada por esta Sala, dichos actos dictados en su ejecución son nulos por contravenir los arts. 9, 12 y 13 del Tratado de Roma y 35 del Acta de Adhesión suscrito por el Estado, debiendo dejar inaplicadas las normas tributarias que sirvieron de base para realizar los actos liquidatorios impugnados en el presente recurso, dada la primacía del Tratado de Roma sobre las referidas normas". Y, como refuerzo, apuntó que ello era así porque "como ha dicho el propio TJCE S 27 sep. 1988, la jurisprudencia constante del TJCE ha referido que la justificación de la prohibición de los derechos de aduana y de cualquier exacción de efecto equivalente radica en que las cargas pecuniarias, por pequeñas que sean, aplicadas por cruzar la frontera, constituyen un obstáculo a la libre circulación de mercancías, agravado por las correspondientes formalidades aduaneras", recordando que no había que olvidar "el carácter vinculante que para los órganos estatales tiene la jurisprudencia asentada por el órgano supranacional y comunitario constituido por el TJCE" y la importancia "de la función interpretativa que realiza el TJCE"([135]).

En esta línea, es remarcable la posición del Tribunal Superior de Justicia de Canarias al sentenciar que "no es de aplicación en su totalidad la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España" porque la situación de un nacional comunitario "se determina legalmente por lo dispuesto en el Tratado de Adhesión de España a la Comunidad (...) y, consecuentemente, por lo dispuesto en el ordenamiento jurídico comunitario en relación con el derecho interno. Una consecuencia especial que deriva de esta especial situación es la de partir de la eficacia directa de determinadas normas comunitarias, que se traduce en la exigencia de su aplicación de forma general, uniforme e incondicionada en el seno de todos los Estados miembros de esta organización supranacional que es la Comunidad Europea, que tiene por corolario la primacía del Derecho comunitario frente a las normas internas incompatibles". Y tras llevar a cabo un buen examen del Derecho comunitario (artículo 48 del Tratado C.E., artículo 10 de la Directiva 68/320/CEE, de 15 de octubre de 1968, y de las condiciones previstas en el Acta de Adhesión de España, y especialmente los artículos 56.1 y 395) y del Real Decreto 1099/1986, de 26 de mayo, sobre

---

([135]) STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de noviembre de 1989, asunto Ford España, La Ley Impuestos, 1990-2, pp. 607 ss. Cabe señalar, por lo demás, que calificó de "supraestatal" al ordenamiento jurídico comunitario, y citó diversas sentencias del Tribunal de Justicia, demostrando un magnífico conocimiento del estado de la cuestión: entre ellas, STJCE de 16 de diciembre de 1960, asunto Humblet, nº 6/60, rec. 1960, pp. 1127 ss; 12 de enero de 1983, asunto Danner, nº 39/82, rec. 1983, pp. 19 ss; 27 de septiembre de 1988, asunto Comisión c./ R.F.A., nº 18/87, rec. 1988, pp. 5427 ss; 11 de julio de 1989, asunto Ford España, nº 170/88, rec. 1988, pp. 2305 ss.

entrada, permanencia y trabajo en España de ciudadanos de Estados miembros, concluyó que "resulta claro que el artículo 23.2RD 1099/1986 (...) ha de ser interpretado y aplicado en el sentido de que el mismo impide a la administración española optar por expulsar del territorio nacional a los ciudadanos comunitarios por realizar una actividad laboral sin contar con el preceptivo permiso de trabajo. En estos supuestos no se trata de que una norma de naturaleza reglamentaria (RD 1099/1986) derogue otra con rango de ley orgánica (artículo 26.1 LO 7/1985), sino de la aplicación del principio de primacía del Derecho comunitario, puesto que el RD 1099/1986 no es sino una manifiestación interna del mismo". Sobre esta base, declaró no ajustada a derecho la resolución de 4 de diciembre de 1987 del Gobierno civil de Santa Cruz de Tenerife([136]).

2.2. La primacía del Derecho comunitario y la Constitución española

La cuestión de la primacía del Derecho comunitario sobre la Constitución constituye el problema central que se suscita a la hora de analizar las relaciones entre el Derecho comunitario y los órdenes jurídicos nacionales y el tema no es meramente teórico: como se vio en el Capítulo V, los Tribunales Constitucionales italiano y alemán, así como el Consejo Constitucional francés, en algunos casos las jurisdicciones ordinarias y amplios sectores doctrinales de esos y otros países, han mantenido taxativamente que la defensa de los derechos fundamentales y otros valores y principios constitucionales representa un límite a la integración europea y, en consecuencia, se ha sostenido -salvo excepción- que en tales materias prevalecería la Constitución en caso de conflicto. Este planteamiento se ha reproducido en España, siendo objeto de una muy interesante reflexión desde fechas anteriores a la adhesión española a las Comunidades Europeas([137]), que ha continuado despúes, sosteniéndose mayoritariamente que, en un caso improbable de conflicto, debería prevalecer la Norma Fundamental([138]), si bien no han faltado autores que han relativizado el alcance de la posible antinomia, propugnando a la postre la prevalencia del Derecho

---

([136]) STSJ de Canarias de 12 de diciembre de 1990, La Ley, 1991-1, pp. 662 ss.

([137]) Vid, por todos, RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C., "Problemas jurídicos de la adhesión de España a la Comunidad Europea", op. cit., pp. 218 ss.

([138]) Vid., entre otros, CHUECA SANCHO, A., Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea, op. cit., pp. 143 ss; LASAGABASTER, I., El ordenamiento jurídico comunitario, el estatal y el autonómico, Oñati, 1986, pp. 143 ss; MANGAS MARTIN, A., "Tribunal Constitucional español y Derecho comunitario europeo", op. cit., pp. 746-747; MUÑOZ MACHADO, S., El Estado, el derecho interno y la Comunidad Europea, op. cit., pp. 264 ss; REMIRO BROTONS, A., La acción exterior del Estado, Madrid: Ed. Tecnos, 1984, pp. 229 ss; VINTRO, J., "El control de la constituticionalitat del Dret comunitari en matèria de drets fonamentals", R.J.C., 1986, pp. 743-744.

comunitario([139]).

2.2.1. La posición del Tribunal Constitucional y su evolución

El Tribunal Constitucional español se ha ocupado, de un modo incidental, del tema desde sus primeras decisiones en las que estaba en juego el Derecho comunitario, negando la primacía del Derecho comunitario respecto de los preceptos constitucionales del orden que sean, lo que es de naturaleza a abrir la puerta a un control de constitucionalidad en el supuesto de que se atentase contra el orden constitucional([140]). Conviene partir nuevamente a estos efectos de la decisión del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1991, muy rica en matices, que combina ortodoxia comunitaria con la más completa heterodoxia y basándose en la misma ha aportado ulteriormente diversas precisiones, principalmente en su sentencia de 22 de marzo de 1991 y en su declaración de 1 de julio de 1992, por lo que se analizarán conjuntamente con una cierta profundidad. En concreto, tres tipos de asertos interesa resaltar, fuertemente interrelacionados en cuanto todos los razonamientos del Tribunal Constitucional están hilvanados en torno a los artículos 93 y 96.1 de la Constitución española, y son reagrupables grosso modo en torno a la protección de los derechos fundamentales, la falta de relevancia constitucional del conflicto entre normas comunitarias y normas legislativas españolas y el valor jurídico del artículo 93 de la Constitución española.

2.2.1.1. La protección de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución española

Respecto a la tutela de los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, el enfoque del Tribunal Constitucional es esencialmente positivo. En su sentencia nº 28/1991, reconoció a los tratados internacionales celebrados por España en relación con la protección

---

([139]) Vid., entre otros, ALONSO GARCIA, E., "La incidencia en el ordenamiento constitucional español de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, como puesta en práctica del art. 93 de la Constitución española", op. cit., pp. 381-382; PEREZ TREMPS, P., "Justicia comunitaria, justicia constitucional y Tribunales ordinarios frente al Derecho comunitario", op. cit., pp. 174 ss.

([140]) En general, para una visión global de la posición del Tribunal Constitucional, vid. PEREZ TREMPS, P., Constitución española y Comunidad Europea, op. cit., espec. pp. 163 ss; RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C., "Tribunales Constitucionales y Derecho comunitario", op. cit., pp. 1190 ss; RUIZ MIGUEL, C., "Los derechos fundamentales en la relación entre el Derecho comunitario y el ordenamiento nacional", op. cit., pp. 55 ss.

de los derechos fundamentales el valor de fuente de inspiración ex artículo 10.2 de la Constitución española, de tal suerte que el precepto constitucional debería ser interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de acuerdo con el tratado o acuerdo internacional([141]). Aunque se ha señalado que se trata de un apunte hecho con escasa fortuna e inoportunidad([142]), la referencia es valiosa([143]) en la medida en que implícitamente se aplica a las Comunidades Europeas, porque hay derechos fundamentales reconocidos en sus cartas constitutivas y una jurisprudencia comunitaria muy abundante dedicada a su protección([144]).

La sentencia nº 64/1991, que contempla más específicamente el tema de la tutela de los derechos fundamentales, precisó mucho más el tema, señalando que no cabía formular recurso de amparo contra normas o actos comunitarios, sino sólo contra disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos internos, así como que las vulneraciones del Derecho comunitario por parte de las autoridades nacionales no eran, en cuanto tales, motivos de amparo. El razonamiento seguido para alcanzar esta solución satisfactoria se desarrolla sucesivamente. El Tribunal Constitucional tomó como punto de partida que "la vinculación al Derecho comunitario -instrumentada, con fundamento en el art. 93 de la Constitución, en el Tratado de adhesión- y su primacía sobre el Derecho nacional en las referidas materias no pueden relativizar o alterar las previsiones de los artículos 53.2 y 161.1,b) de la Constitución", y fundándose en estos preceptos sostuvo que "no cabe formular recurso de amparo frente a normas o actos de las instituciones de la Comunidad sino sólo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 41.2 de la LOTC, contra disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos internos", alegando únicamente la vulneración de los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución, con "exclusión, por tanto, de las eventuales vulneraciones del Derecho comunitario, cuyas normas, además de contar con específicos medios de tutela, únicamente podrían llegar a tener, en su caso, el valor interpretativo que a los Tratados internacionales les corresponde según el artículo 10.2 de la Constitución", es decir, "una fuente interpretativa que contribuye a una mejor identificación

---

([141]) STC nº 28/1991, de 14 de febrero, B.J.C. nº 119, pp. 15 ss, fundamento 5.

([142]) DESANTES REAL, M., "El Tribunal Constitucional y la garantía de la aplicación del Derecho comunitario por los poderes públicos nacionales...", op. cit., p. 52, nota 38.

([143]) Aunque no llega tan lejos como para se pueda sostener que se caracteriza "por el reconocimiento de la primacía del Derecho comunitario en caso de colisión con el derecho nacional, incluso cuando se trate de la protección de los derechos fundamentales" (MARTI DEL MORAL, A., "El Derecho derivado comunitario y el bloque de constitucionalidad...", op. cit., p. 19).

([144]) Implícitamente, porque el Tribunal Constitucional se refirió no al Derecho comunitario sino a cualquier tratado internacional: "un problema ligeramente distinto sería que la contradicción aludida [entre una ley y el Derecho comunitario] sirviera para fundamentar la pretensión de inconstitucionalidad de una ley por oposición a un derecho fundamental", caso en el que habrá de examinarse el valor que el artículo 10.2 reconoce a "la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

del contenido de los derechos cuya tutela se pide" al Tribunal Constitucional([145]). Ello obedece a que la adhesión de España a las Comunidades "no ha alterado ni el canon de validez en los procesos de amparo ni el carácter del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución (art. 1.1 LOTC) en tales procesos y respecto de las materias sobre las que se ha producido en favor de los órganos comunitarios la atribución del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (art. 93 CE)"([146]), de tal suerte que "en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional, con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución"([147]). En suma, las normas comunitarias pueden ser consideradas "como un elemento más para verificar la consistencia o inconsistencia de aquella infracción, lo mismo que sucede con la legislación interna en las materias ajenas a la competencia de la Comunidad"([148]).

La Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992, sobre la constitucionalidad del Tratado U.E., aporta algún elemento de relevancia respecto de la protección de los derechos fundamentales. Tras juzgar que el artículo 93 de la Constitución servía para transferir el ejercicio de competencias del Estado, pero que no habilitaba para otorgar derechos subjetivos a quienes les eran negados o no atribuidos por la Constitución, consideró que la antinomia constatada entre el artículo 13.2 de la Constitución y el artículo 8.B del Tratado U.E. no era reducible a través de lo dispuesto por el artículo 93 de la Constitución porque mediante éste "es posible modular el ámbito de aplicación de las normas que rigen el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, pero no contrariar o modificar mandatos o prohibiciones constitucionales", de tal suerte que, tras constatar que "el texto objeto de esta consulta no entraña una cesión competencial, sino un compromiso

---

([145]) Vid. supra Capítulo VI, apartado 1.1.3, algunos ejemplos de utilización del Derecho comunitario como fuente material de interpretación de los derechos fundamentales españoles.

([146]) Con esta afirmación, el Tribunal Constitucional parece acoger la tesis de que ha habido una atribución de competencias sobre derechos fundamentales a la Comunidad, lo que no es ni mucho menos "extremadamente discutible" (RUIZ MIGUEL, C., "Los derechos fundamentales en la relación entre el Derecho comunitario y el ordenamiento nacional", op. cit., p. 57), como prueba el juez constitucional al señalar, en el caso concreto, que "el derecho fundamental invocado -la igualdad- encuentra plena acogida en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, y más en concreto, en atención a la naturaleza de los actos impugnados, en el artículo 40.3 del TCEE" (fundamento 4).

([147]) Esta perspectiva es lógica si se tiene en cuenta, entre otras cosas, que para el Tribunal Constitucional "la cesión del ejercicio de competencias en favor de organismos supranacionales no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas al ordenamiento interno cuando actúan cumpliendo obligaciones adquiridas frente a tales organismos, pues también en tales casos siguen siendo poder público que está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico español", citando en su apoyo jurisprudencia comunitaria (fundamento 4).

([148]) STC nº 64/1991, de 22 de marzo, B.J.C. nº 120, pp. 87 ss, fundamento 4.

directo para el Reino de España en orden a acomodar el propio ordenamiento electoral a una atribución de derechos subjetivos, operada por el Tratado", estimó que "esta atribución resulta inconciliable con el dictado del artículo 13.2 de la Norma Fundamental"([149]). Esta consulta, única hasta ahora planteada en virtud del artículo 95.2 de la Constitución, tal como ha sido desarrollado por el artículo 78 de la L.O.T.C., ha dado lugar a la primera reforma constitucional de la Norma Fundante española([150]) tras constatarse que el artículo 8.B del Tratado U.E. era contrario al artículo 13.2. de la Constitución Española en lo relativo a la atribución del derecho de sufragio pasivo a los ciudadanos comunitarios que no fuesen nacionales españoles. Aunque se critica esta sentencia argumentando la inexistencia de tal contradicción([151]), era de esperar este fallo a la vista de su jurisprudencia previa en un supuesto análogo([152]).

¿Valoración global de esta jurisprudencia constitucional?. La negación absoluta del recurso de amparo contra disposiciones comunitarias que lleva a cabo la sentencia nº 64/1991 es irreprochable desde el punto de vista del Derecho comunitario([153]), aunque quizá sea

---

([149]) Declaración de 1 de julio de 1992, B.J.C., nº 135, pp. 5 ss, fundamentos 3 y 4. Vid., para su comentario, ALONSO GARCIA, R., "Maastricht y la reforma de la Constitución española", Cuadernos de Información Económica, 1992, pp. 87 ss; CARDONA LLORENS, J., "Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992 sobre el Tratado de la Unión Europea", Noticias de la Unión Europea, nº 118, 1994, pp. 27 ss; DIAZ JIMENEZ, M. C., "El Tratado de la Unión y la Constitución española", Actualidad Aranzadi, 1993-6, pp. 94 ss; MANGAS MARTIN, A., "La Declaración del Tribunal Constitucional sobre el artículo 13.2 de la Constitución (derecho de sufragio pasivo de los extranjeros): una reforma constitucional innecesaria o insuficiente", R.E.D.I., 1992-2, pp. 381 ss; MARIN LOPEZ, A., "La Unión Europea y el derecho de sufragio de los extranjeros comunitarios", Noticias de la Unión Europea, nº 119, 1994, pp. 19 ss; MONTORO PUERTO, M., "El Tratado de Maastricht y la reforma de la Constitución española", Economist and Jurist, septiembre 1992, pp. 21 ss; RUBIO LLORENTE, F., "La Constitución española y el Tratado de Maastricht", R.E.D.C., 1992, pp. 253 ss.

([150]) La reforma ha sido sencilla. Se ha añadido al artículo 13.2 las palabras "y pasivo" detrás del "derecho de sufragio activo" (B.O.E. nº 207, de 28 de agosto de 1992, pp. 207-1/29997 ss). Además de ls autores citados ibid, vid. especialmente sobre el tema DIEZ MORENO, F., "La ratificación constitucional del Tratado de la Unión Europea", Noticias de la Unión Europea, nº 114, 1994, pp. 97 ss. Vid. adicionalmente, para una exposición del estado del tema antes de la Declaración del Tribunal Constitucional, LOPEZ AGUILAR, J. F., "Maastricht y la problemática de la reforma de la Constitución", Revista de Estudios Políticos, 1992, pp. 57 ss.

([151]) Vid. especialmente MANGAS MARTIN, A., "La Declaración del Tribunal Constitucional sobre el artículo 13.2 de la Constitución...", op. cit., pp. 381 ss. Parcialmente en contra, MARTINEZ LAGE, S., "Maastricht y la Constitución española", G.J.C.E.E., 1992, B-75, pp. 1 ss.

([152]) En efecto, existía el precedente de la interpretación constitucional del artículo 13.2. en un recurso de amparo electoral resuelto negativamente. Mediante STC nº 112/1991, de 20 de mayo, la Sala Primera del Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo electoral nº 989/1991 por entender que la pretensión del partido Los Verdes de Andalucía de que figurase un ciudadano belga encabezando la lista de las elecciones municipales de Motril (Granada) era contrario al mencionado precepto, y añadió que "la propia Constitución, en el apartado 2 de ese mismo precepto, deja abierta la posibilidad de la participación de los extranjeros en las elecciones municipales sometiéndola a dos condiciones: al régimen jurídico que establezcan los Tratados o la Ley y a la existencia de reciprocidad. Ahora bien, ese posible ejercicio del derecho se limita al sufragio activo, no al derecho de sufragio pasivo, que es el que se discute ahora. Esa exclusión constitucional bastaría (...) para denegar el presente amparo" (B.J.C. nº 122, pp. 51 ss). Incluso de una decisión anterior a la adhesion española podría inferirse esta posición (vid. STC nº 107/84, de 23 de noviembre, B.J.C., nº 44, pp. 1400 ss, fundamento 3).

([153]) Ni siquiera cabe deducir de la afirmación de la STC nº 64/1991 de que le corresponde conocer los recursos de amparo contra actos nacionales dictados en ejecución regular del Derecho comunitario que abra la posibilidad de controlar indirectamente por esta vía la conformidad del Derecho comunitario con los derechos fundamentales protegidos por la Constitución Española: de lo que "se trata es de negar que el Derecho comunitario pueda ser considerado autónomamente

excesiva desde el punto de vista constitucional([154]). También es positivo que, sobre la base del artículo 10.2 de la Constitución, acoja el Derecho comunitario y, por ende, la jurisprudencia comunitaria que lo explicita, como parámetro interpretativo de importancia en el ámbito de los derechos fundamentales([155]). Se puede objetar a esta misma decisión, como también a la sentencia nº 28/1991, que considere que las violaciones del ordenamiento jurídico comunitario no pueden ser protegidas en vía de amparo, especialmente cuando se trata de casos graves como el quebrantamiento arbitrario de la obligación de plantear cuestiones prejudiciales por parte de jurisdicciones españolas que decidan en última instancia o la separación flagrante de lo dispuesto por la jurisprudencia comunitaria([156]). Finalmente, refleja una concepción demasiado rígida de la tutela de los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos el tenor de la declaración de 1 de julio de 1992: si es inconstitucional una medida comunitaria que no afecta al contenido esencial de un derecho fundamental, por el simple hecho de que amplíe el abanico de potenciales titulares más allá de lo que expresa o literalmente establece la Constitución([157]), es plausible que, de mantener este criterio de literalidad, el Tribunal Constitucional llegue a deducir que vulneraría la norma suprema una medida comunitaria que redujera la titularidad del mismo o afectase negativamente al contenido, incluso no esencial, de algún derecho fundamental, y exija que la protección de los derechos fundamentales deba ser garantizada tal y como los reconoce la Constitución española, es decir, sin atención a la existencia de

---

como un canon constitucional en los procesos de amparo" (RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C., "Tribunales Constitucionales y Derecho comunitario", op. cit., p. 1196). En suma, a diferencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, el Tribunal Constitucional español no ha efectuado una reserva competencial a su favor en el supuesto de un conflicto entre un acto o disposición comunitaria y un derecho fundamental interno.

([154]) En el supuesto excepcional al que se aludió anteriormente (un conflicto directo entre normas del Derecho derivado y los derechos fundamentales que no fuera resuelto tras cuestión prejudicial por declararse válido el acto comunitario), el Tribunal Constitucional podría, y debería hacerlo, entrar a juzgar la constitucionalidad de la norma comunitaria.

([155]) La única objección resultaría de admitir la posición de T. R. FERNANDEZ: que cuando el Tribunal Constitucional "haya de enjuiciar la lesión de un derecho o libertad de los contemplados en los artículos 14 a 30 CE, como consecuencia de la actuación de los poderes públicos internos, estará vinculado, en el plano hermenéutico, por el Derecho comunitario sólo si éste garantiza más de lo que en la Constitución española se contempla", pues "estaría en abierta contradicción con el sistema de protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas consagrado por la Constitución" acoger una interpretación del Tribunal de Justicia cuando es más restrictiva que la proyectada por el ordenamiento interno ("El control del derecho interno que infrina el Derecho comunitario europeo...", op. cit., pp. 586-587). Aunque no le falta parte de razón, es preferible la posición más matizada de P. PEREZ TREMPS: "un nivel menor de protección de derechos por parte del ordenamiento supranacional no significa, sin más, vulneración alguna de los requisitos constitucionales de la integración, siempre que esté asegurada la compatibilidad entre aquél y el ordenamiento estatal. En consecuencia, no es lícita la intervención de éste para asegurar una mayor protección de un derecho puesto queasí se ataca el fundamento y la regularidad constitucional de la integración como institución. Ello no quiere decir (...) que no sea lícito, deseable e incluso constitucionalmente correcto que los órganos estatales busquen una mayor protección de un derecho fundamental" (Constitución española y Comunidad Europea, op. cit., p. 162).

([156]) Vid. infra apartado 3.2.2.

([157]) Con otro planteamiento viene a decir lo mismo A. MANGAS MARTIN cuando señala, en relación con la ciudadanía europea, que "su no previsión en la Constitución no significa que la institución de la ciudadanía de la Unión y su régimen jurídico sean contrarias a la misma" ("La Declaración del Tribunal Constitucional sobre el artículo 13.2 de la Constitución...", op. cit., p. 387).

sustitutivos más o menos equivalentes o sucedáneos en el orden jurídico comunitario([158]). Aunque hay autores que postulan en favor de esta hipótesis por considerarla sumamente positiva([159]), es de desear que no se materialice, puesto que sería a todas luces excesiva y, lo que es más grave, haría prácticamente inviable la existencia de unos cauces mínimos de cooperación y articulación entre el orden jurídico constitucional y el orden comunitario que garantizasen la coherencia recíproca([160]).

2.2.1.2. La irrelevancia constitucional del conflicto entre normas comunitarias y normas legislativas españolas

La posición del Tribunal Constitucional en relación con esta cuestión suscita mayores reservas, cuando no rechazo frontal, toda vez que refleja una estrechez de puntos de mira sobre los artículos 93 y 96 de la Constitución inaceptable en bastantes aspectos. En su sentencia nº 28/1991, la jurisdicción constitucional apunta, siguiendo la sentencia COSTA del Tribunal de Justicia, que cita expresamente-, que "el Derecho comunitario constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros, y que se impone a sus órganos jurisdiccionales." Ahora bien, la norma comunitaria no podría convertirse en medida de enjuiciamiento o canon de constitucionalidad([161]): España está vinculada por el Derecho comunitario, pero "esta vinculación no significa que, por mor del artículo 93, se haya dotado a las disposiciones del Derecho comunitario de rango y fuerza constitucionales", de tal suerte que la eventual infracción de las normas comunitarias por una disposición española no entrañaría necesariamente y a la vez una conculcación del citado

---

([158]) Máxime si se tiene en cuenta que, en la decisión del caso BULTO, señaló que "nada que afecte a los derechos fundamentales le es extraño" (STC nº 245/1991, de 16 de diciembre, B.J.C. nº 129, pp. 86 ss, fundamento 5). A la vista de esta sentencia, D. SOLIS ORDOÑEZ apunta que no es improbable que la actitud del Tribunal Constitucional en relación con la defensa de los derechos fundamentales pueda chocar con la primacía del Derecho comunitario (La ejecución del Derecho comunitario europeo en España, op. cit., p. 264).

([159]) Así, C. RUIZ MIGUEL afirma que "se podría (y sería algo discutible) transferir ex artículo 93 el ejercicio de la competencia de amparo de los derechos fundamentales, pero en ningun caso se pueden transferir derechos que no son del Estado sino de los ciudadanos, que son sus titulares, por lo que cualquier acto comunitario (legislación o sentencia) que vulnere dichos derechos exige la puesta en marcha de los necesarios mecanismos de garantía" ("Los derechos fundamentales en la relación entre el Derecho comunitario y el ordenamiento nacional", op. cit., p. 58).

([160]) Recuérdese que, desde la jurisprudencia SOLANGE II, el Tribunal Constitucional Federal alemán postula por esta posición más matizada para poder garantizar tales exigencias (vid. supra Capítulo V, apartado 2.2.1.1). Y es interesante subrayar que un antiguo miembro del Tribunal Constitucional, M. RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, considera digna de mención y muy destacable esta jurisprudencia porque marca un altísimo compromiso de colaboración institucional ("Tribunal Constitucional y Derecho comunitario", op. cit., p. 11).

([161]) En la STC nº 65/1990, de 5 de abril, ya había rechazado que el artículo 7 del Tratado C.E.E. pudiera ser considerado como parámetro de constitucionalidad (B.J.C. nº 109, pp. 119 ss). Su posición es la misma en relación con la Convención Europea sobre protección de datos personales (STC nº 254/1993, de 20 de julio, B.J.C. nº 148-149, pp. 263 ss, fundamento 4).

artículo 93 de la Constitución. Este precepto constituye el fundamento último de tal vinculación, pero dada "su naturaleza de índole orgánico-procedimental, se limita a regular el modo de celebración de una determinada clase de Tratados internacionales", lo que determina que únicamente los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas puedan ser confrontados con el artículo 93 de la Constitución en un juicio de constitucionalidad, en cuanto esta norma suprema "es la fuente de validez formal de los mismos." Sin embargo, el artículo 93 no resulta afectado por la eventual disconformidad en que pudiera incurrir la legislación nacional -estatal y autonómica- respecto del ordenamiento comunitario, pues "determina simplemente los órganos estatales a los que, según el tipo de actividad que demande la aplicación del Derecho comunitario, se encomienda la garantía de su cumplimiento."

La interpretación del artículo 96 de la Constitución le condujo a un resultado análogo, con la salvedad de reconocer adicionalmente un valor interpretativo al Derecho comunitario, pues excluye que el artículo 96 integre el Tratado de Adhesión a las Comunidades y el derecho surgido de éstas como canon de constitucionalidad bajo cuyo prisma hayan de examinarse las leyes del Estado español, dado que si bien las normas constitucionales que reconocen derechos y libertades "han de interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (artículo 10.2 de la Constitución española)", tampoco en "un supuesto de esta naturaleza se convertiría per se el tratado en medida de la constitucionalidad de la ley examinada, pues tal medida seguiría estando integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad, si bien interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con el tratado o acuerdo internacional".

Sobre estas premisas, el Tribunal Constitucional declaró que la eventual infracción de la legislación comunitaria europea (Derecho derivado) por una disposición legislativa nacional no tenía relevancia constitucional, pues no afectaba directa o indirectamente a lo dispuesto en los antedichos preceptos al tratarse de un mero conflicto entre normas de rango infraconstitucional que había de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria en cuanto el Derecho comunitario no constituía un canon de constitucionalidad([162]).

Esta posición, reiterada ulteriormente en los mismos términos([163]), debe ser valorada críticamente, sin perjuicio de que haya que reconocerle el mérito de resaltar la vinculación

([162]) STC nº 28/1991, de 14 de febrero, B.J.C. nº 119, pp 15 ss, fundamentos 4 y 5.
([163]) STC nº 64/1991, de 22 de marzo, B.J.C. nº 120, pp. 87 ss, fundamento 4.

del Estado español al derecho de las Comunidades, y de que sea inobjetable su razonamiento cuando señala que la vinculación de los poderes públicos españoles no significa que las normas comunitarias tengan, en virtud del artículo 93 de la Constitución, fuerza y rango constitucionales([164]). Dejando esto a salvo esto, contiene graves equivocaciones que es preciso poner de relieve. Para empezar, resulta que el Tribunal Constitucional pierde otra ocasión magnífica para reconocer sin ambages la supremacía del Derecho comunitario (y, más en general, de los tratados internacionales) sobre la ley nacional([165]), al limitarse a señalar que ningún tratado internacional "recibe del artículo 96.1 más que la consideración de norma que, dotada de la fuerza pasiva que este precepto le otorga, forma parte del ordenamiento interno", olvidando con ello mencionar que no sólo los compromisos adquiridos por España obligan a todos los órganos del Estado, sino que sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional, tal como reza la segunda frase del citado artículo 96.1([166]).

Más grave, y se ha calificado de completo y desafortunado desatino, es el adjetivo "infraconstitucional" utilizado para poner de relieve "la naturaleza no constitucional del conflicto entre el Derecho comunitario europeo y ordenamiento jurídico interno"([167]), por lo que ha recibido muy numerosas y bien fundadas críticas por parte de la doctrina: basta señalar que se trata de una afirmación deplorable e innecesaria, sin fundamento jurídico y contraria a los compromisos jurídicos españoles([168]). El Derecho comunitario obliga a cada Estado miembro en las condiciones que están previstas por los propios Tratados, y no en las que unilateralmente establezca una Constitución o su jurisdicción constitucional, pues

---

([164]) Desde esta perspectiva podría entenderse que D. SOLIS ORDOÑEZ sostenga que el Tribunal Constitucional ha mantenido una posición respetuosa con las características propias del Derecho comunitario (La ejecución del Derecho comunitario europeo en España, op. cit., p. 258), pero no puede generalizarse -como hace- a la completud de su razonamiento.

([165]) La primera ocasión de claridad meridiana fue en la STC nº 65/1990, de 5 de abril, llegando a calificarse su complejo y contradictorio razonamiento como una "auténtica arquitectura laberíntica digna del mejor mecano jurídico" que ha hecho perder al Tribunal Constitucional una ocasión de oro "para haber fijado una línea progresista (...) que estaría a tono con la velocidad de la integración europea" (CATALINA AYORA, J. L., "Nota", op. cit., p. 591).

([166]) Debe entenderse, por lo demás, que la referencia a la ley interna se reduce a la ley interna ulterior, en la medida en que la ley anterior debe entenderse derogada por las reglas de derecho transitorio, y los actos de rango inferior a la ley pueden ser objeto de declaración de ilegalidad por la jurisdicción contencioso-administrativa, como reconocen la STC nº 64/1991, de 22 de marzo, B.J.C. nº 120, pp. 87 ss, fundamento 9 y la STS de 5 de junio de 1992, Aranzadi 1992, nº 5371.

([167]) Según la expresión más correcta del propio Tribunal Constitucional en el fundamento 9 de sentencia nº 64/1991, de 22 de marzo. En esta sentencia reaparece el calificativo "infraconstitucional", pero esta vez no va dirigido al Derecho comunitario como tal, sino a la tarea de los poderes públicos de garantizar su recta aplicación.

([168]) Vid. las profundas y fundadas críticas de M. DESANTES REAL ("El Tribunal Constitucional y la garantía de la aplicación del Derecho comunitario por los poderes públicos nacionales...", op. cit., pp. 46 ss), A. MANGAS MARTIN ("La Constitución y la ley ante el Derecho comunitario...", op. cit., pp. 618 ss), D. RUIZ-JARABO COLOMER (El juez nacional como juez comunitario, op. cit., pp. 66 ss) y E. SANCHEZ LEGIDO ("Las relaciones entre el Derecho comunitario y el derecho interno en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", op. cit., pp. 184 ss).

aceptar esto último conduciría a admitir que las condiciones de aplicación directa y uniforme del Derecho comunitario podrían variar de un Estado miembro a otro y generar, por consiguiente, discriminación. En la Comunidad, antes y después de ser miembro, se puede discutir y negociar casi todo, pero hay algo que no es discutible o negociable, en cuanto es condición previa para pasar a formar parte del club comunitario y seguir siéndolo: aceptar la primacía absoluta del Derecho comunitario. El efecto jurídico más claro del artículo 93 de la Constitución es, precisamente, aceptar las exigencias propias del Derecho comunitario, incluida su primacía absoluta. Si el Tribunal Constitucional estima que la autorización para adherirse a las Comunidades Europeas no está amparada por el artículo 93 que lo diga claramente sin dejar pasar tantas ocasiones, pues su doctrina sobre la primacia limitada es contraria a las condiciones jurídicas en las que tiene lugar la permanencia española en la Comunidad y afecta a la seguridad jurídica. No se niega, en términos absolutos, al Tribunal Constitucional la competencia para ejercer el control de constitucionalidad de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas en vigor([169]), pero sólo por la vía hipotética de la cuestión de constitucionalidad, toda vez que ya ha expirado el plazo de los recursos directos, previo y a posteriori([170]), y siempre que esté en juego la substancia de la Constitución, es decir, sus principios fundamentales y no cualquiera de sus preceptos([171]).

([169]) Aunque haya autores que manifiesten sus reservas (LOUIS, J. V., "Droit communautaire et droit national", op. cit., pp. 578 ss), puede aceptarse, como base jurídica para este control de constitucionalidad, la invocación no sólo de las reglas constitucionales internas (artículo 93 en el caso español) sino incluso del artículo 46 de la Convención de Viena, que permite la alegación por un Estado de una violación manifiesta de reglas de importancia fundamental relativa a la capacidad para celebrar tratados internacionales, porque es comprensible y justicable que la atribución de poderes a las Comunidades se haga respetando las exigencias esenciales de la Constitución y, por tanto, se concibe fácilmente la necesidad de revisar ésta en caso de contradicción formal, como también la "denuncia" o revisión de los Tratados constitutivos, porque no es de recibo que Estados democráticos puedan adherirse a una organización internacional que no observe tales principios. No obstante, el control del respeto de estos principios y la revisión es preferible que se asegure antes de la adhesión para evitar menospreciar la importancia de la ratificación de las Comunidades y de las exigencias inherentes que conlleva la integración europea.

([170]) Vid., para un desarrollo en profundidad de las posibilidades y exclusiones del control constitucional, MANGAS MARTIN, A., Derecho comunitario europeo y derecho español, op. cit., pp. 127 ss; PEREZ TREMPS, P., Constitución española y Comunidad Europea, op. cit., pp. 170 ss.

([171]) En general, la doctrina española limita la hipótesis de control de constitucionalidad al caso de conflicto con los principios constitucionales fundamentales, cuyo contenido puede concretarse un poco más para el caso español: las normas comunitarias no podrían afectar a los principios básicos del sistema constitucional del título preliminar (Estado de Derecho, unidad nacional, estructura autonómica, etcétera), ni tampoco a los derechos y libertades fundamentales del título primero. En este sentido, el Consejo de Estado señaló que "por la vía del artículo 93 no pueden alterarse los valores superiores del ordenamiento ni la forma y la estructura del Estado, ni sus bases institucionales, ni los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II, sección primera del Título I de la Constitución" (dictamen 850/1991, de 20 de julio de 1991, asunto Tratado de la Unión Europea 1, texto inédito, fundamento 5; vid. también su dictamen 421/1992, de 9 de abril de 1992, asunto Tratado de la Unión Europea 2, texto inédito, fundamento 3). Vid. sobre el tema, con planteamientos análogos, MANGAS MARTIN, A., Derecho comunitario europeo y derecho español, op. cit., pp. 146 ss; MUÑOZ MACHADO, S., El Estado, el derecho interno y la Comunidad Europea, op. cit., pp. 210 ss; PEREZ TREMPS, P., Constitución española y Comunidad Europea, op. cit., pp. 89 ss; REMIRO BROTONS, A., La acción exterior del Estado, op. cit., pp. 229-230; RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C., "Problemas jurídicos de la adhesión de España a la Comunidad Europea", op. cit., pp. 220-221 ("Los efectos internos del Derecho comunitario", op. cit., pp. 77-78; "Tribunales Constitucionales y Derecho comunitario", op. cit., p. 1200); RODRIGUEZ ZAPATA, J., "Los tratados internacionales y los controles de constitucionalidad", R.E.D.A., 1981, pp. 481 ss; VINTRO, J., "El control de la constituticionalitat del Dret comunitari en matèria de drets fonamentals", op. cit., pp. 737 ss.

Estas aseveraciones deben entenderse sin perjuicio de que un control de constitucionalidad, altamente improbable hoy en día([172]), supone atentar a la garantía de aplicación inmediata y eficaz del Derecho comunitario y podría acarrear la responsabilidad del Estado español([173]).

En suma, las normas comunitarias no son infraconstitucionales y no se puede hablar seriamente de rango infraconstitucional. Aun cuando se admita que el uso consciente de este calificativo no debe exagerarse, tampoco debe ser infravalorado([174]) porque diverge profundamente de la posición mantenida por el Tribunal de Justicia, que considera que la prevalencia de las normas comunitarias es absoluta, incluidas las disposiciones de rango constitucional, de tal suerte que postular lo contrario supondría amenazar la unidad, eficacia e incluso la propia existencia del Derecho comunitario([175]).

Además, podría plantear problemas graves de seguridad jurídica a la vista del planteamiento del Tribunal Supremo como conflicto supra legal de las antinomias entre norma legislativa española y norma comunitaria. Si el Tribunal Supremo no modifica su jurisprudencia y sigue declinando su competencia para conocer el problema, y el Tribunal Constitucional mantiene que no es competente para resolver el conflicto por ser de legalidad ordinaria, la seguridad jurídica quedaría en entredicho y la responsabilidad española pudiera comprometerse si el legislador no la derogase. Por estas razones, se postuló anteriormente

---

([172]) La constitucionalidad de los Tratados constitutivos es hoy pacífica y casi unánimemente reconocida, quizá porque -como recuerda L. I. SANCHEZ RODRIGUEZ- a su favor milita una presunción extraordinariamente fuerte de su constitucionalidad, precisamente sobre la base del artículo 93 de la Constitución española ("El artículo 93 CE y el bloque de la constitucionalidad: algunos problemas", op. cit., pp. 245-246). Desde esta perspectiva interesa destacar la opinión del anterior Presidente del Tribunal Constitucional que, comentando la Declaración de 1 de julio de 1992, ha señalado que "el Tribunal Constitucional prescindió, pues, de vías interpretativas que dejarían permanentemente abierta la posibilidad de revisión de la validez de normas comunitarias, optando por la que garantiza mayor estabilidad de éstas en el marco constitucional" (RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., "Tribunal Constitucional y Derecho comunitario", op. cit., p. 10).

([173]) En cambio, la posibilidad del control de constitucionalidad del Derecho comunitario derivado debe excluirse, salvo en el supuesto señalado supra (violación flagrante del orden constitucional por actos institucionales cuya validez es confirmada por el Tribunal de Justicia) porque de conformidad con los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas sólo el Tribunal de Justicia es órgano competente para enjuiciar la validez de los actos normativos comunitarios.

([174]) Como cuando se afirma que "no debe exagerarse el alcance de esta calificación en un contexto dirigido a poner de relieve la falta de relevancia constitucional del conflicto entre las leyes internas y el Derecho comunitario y la competencia de la jurisdicción ordinaria para resolverlo, con exclusión de la competencia del Tribunal Constitucional" (RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C., "Tribunales Constitucionales y Derecho comunitario", op. cit., p. 1195) o se apunta que "si se analiza detenidamente el contexto en el que el Tribunal Constitucional califica de infraconstitucional el conflicto entre el Derecho comunitario y derecho estatal se comprende (...) que el análisis tiene una dimensión básicamente procesal: se trata de determinar si dicho conflicto corresponde o no conocerlo a la jurisdicción constitucional" (PEREZ TREMPS, P., Constitución española y Comunidad Europea, op. cit., p. 148).

([175]) STJCE de 15 de julio de 1964, asunto Costa c. E.N.E.L., nº 6/64, rec. 1964, pp. 1141 ss; 17 de diciembre de 1970, asunto Internationale Handelsgesselschaft, nº 11/70, rec. 1970, pp. 533 ss; 13 de julio de 1972, asunto Comisión c./ Italia, nº 48/71, rec. 1972, pp. 533 ss; 9 de marzo de 1978, asunto Simmenthal, nº 106/77, rec. 1978, pp. 644 ss; ATJCE de 22 de junio de 1965, asunto San Michele, nº 9/65, rec. 1967, pp. 35 ss.

que, a título excepcional, el Tribunal Constitucional podría entrar a conocer supuestos flagrantes de violación del Derecho comunitario por parte del legislador español.

En fin, es discutible que cuando se vulnera el Derecho comunitario por una ley nacional no exista infracción de la Constitución, ya que supone mezclar dos conceptos diferentes: una cosa es que la contraposición de las normas legislativas nacionales al Derecho comunitario no sea susceptible de ser controlada por el Tribunal Constitucional a través de los cauces procesales que proporciona el ordenamiento jurídico; y otra muy diferente, que el conflicto no tenga una cierta relevancia constitucional, pues una cierta afectación existe y cuestión distinta es que ésta sea suficiente a los efectos de justificar la competencia del Tribunal Constitucional para declarar, en su caso, la inconstitucionalidad. Es cierto que una ley que contradiga el Derecho comunitario no es necesariamente, por tal motivo, directamente contraria a la Constitución, pero no es menos verdad que, de un modo indirecto, sí que es inconstitucional en cuanto vulnera lo dispuesto por los artículos 9, 93 y 96 de la Constitución: ¿qué significado tienen estos preceptos si no es que obliga al legislativo español a respetar los compromisos internacionales regularmente suscritos por España?. Al adoptar una ley incompatible con los preceptos del Derecho comunitario, el poder legislativo conculca necesariamente estos preceptos constitucionales: la ley menoscaba las competencias atribuidas a la Comunidad y la jerarquía de normas instituidas por estos artículos y es contraria indirectamente a la Constitución, porque estos preceptos, mientras no sea revisada la Constitución, forman parte de la misma y su efecto útil debe ser garantizado([176]). Distinto es que la ley no pueda ser declarada inconstitucional por tal motivo, pues debe aceptarse que los artículos 161 y 163 de la Constitución, así como los artículos 27 y siguientes de la L.O.T.C., no son cauce procesal apropiado para llevar a cabo este control([177]) y que, en la intención del poder constituyente español no ha estado el erigir en motivo de inconstitucionalidad de una ley el desconocimiento de una norma comunitaria

([176]) Por estos motivos la Tesis doctoral sostiene que estaba perfectamente enfocada la STS de 24 de abril de 1990, según la cual las normas nacionales posteriores contrarias al Derecho comunitario habrían de reputarse inconstitucionales por incompetencia -artículos 93 y 96-1 de la Constitución española-, pero sin que fuera exigible que el juez ordinario plantease la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 de la Constitución española) para dejar inaplicada la norma estatal (Aranzadi 1990, nº 2747); o la STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de noviembre de 1989 cuando sostuvo que las normas estatales anteriores que se opusieran al Derecho comunitario quedaban derogadas, y las posteriores que las contradijesen eran inconstitucionales por violación de los arts. 93 y 96.1 CE, porque dicho Derecho comunitario goza de primacía sobre el derecho interno en virtud del principio de autonomía o de atribución de competencias y las cedidas a la Comunidad sólo podían regularse por las normas comunitarias, dado que los Estados habían perdido competencia sobre las materias transferidas (asunto Ford España, La Ley Impuestos, 1990-2, pp. 607 ss).

([177]) A diferencia de lo que ocurre en Francia, cuyo Consejo Constitucional puede pronunciarse sobre el conflicto entre ley y Tratado porque los artículos 55 y 61 se lo permiten al configurar el eventual conflicto con naturaleza constitucional.

por el legislativo([178]).

Cuando se promulga una ley incompatible con un Tratado, el poder legislativo español afecta indirecta pero necesariamente los antedichos preceptos constitucionales: taxativamente señala en este sentido DESANTES REAL que "debería reconocerse que una ley que contradiga (...) el Derecho comunitario viola indirecta, pero sistemáticamente, el esquema pergeñado en el artículo 96 de la Constitución", y añade un dato de importancia que suele olvidarse: aunque el Tribunal Constitucional no sea garante del Derecho comunitario, "sí que lo es de la Constitución, que incluye los artículos 93 y 96", de tal suerte que es posible convertir el problema en un problema constitucional([179]). Su posición es compartida, con razón, por otros muchos autores cuando afirman que el artículo 93 queda afectado indirectamente y apuntan adicionalmente que el Tribunal Constitucional debió tener una mayor visión de la trascedencia de estos conflictos([180]). La barrera trazada entre Derecho comunitario y Constitución tiene, en la práctica, elementos de artificialidad, del mismo modo que lo tiene en ocasiones la barrera entre constitucionalidad y legalidad ordinaria, lo que explica que, en más de una ocasión, el Tribunal Constitucional haya entrado en consideraciones de legalidad ordinaria. Un ejemplo, que además está presente en la STC nº 64/1991, puede servir para ilustrar esta idea. Algunos de los derechos fundamentales no agotan su contenido con la formulación constitucional sino que, dada su naturaleza de derechos relacionales, sólo cobran pleno sentido constitucional cuando se conectan con derechos legalmente configurados. Tal cosa sucede con muchos de los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, como también con el derecho de igualdad proclamado por su artículo 14. Ante derechos relacionales como éstos, para determinar si existe una vulneración de la Constitución debe interpretarse a menudo el alcance del derecho material respecto del cual se predica la igualdad; si ese derecho se encuentra configurado por la legislación comunitaria, en cuanto se enmarca en una materia atribuida a la Comunidad, deberá estarse a la regulación y, en su caso, a la interpretación que del antedicho derecho

---

([178]) Parece, si bien de un modo parcial e implícito, indicarlo el Tribunal Constitucional al declarar que "el recurso de amparo se ha establecido por el constituyente y configurado por el legislador como un medio procesal para recabar la tutela de las libertades y derechos proclamados en los arts. 14 al 30 de la Constitución (arts. 53.2 y 161.1,b) de la Constitución, y 41 de la LOTC) y sólo con la finalidad de restablecer o preservar los mismos (artículo 41.3 LOTC)" (STC nº 64/1991, de 22 de marzo, B.J.C. nº 120, pp. 87 ss, fundamento 4).

([179]) DESANTES REAL, M., "El Tribunal Constitucional y la garantía de la aplicación del Derecho comunitario por los poderes públicos nacionales...", op. cit., pp. 47 y 51.

([180]) Vid., entre otros, IZQUIERDO PERIS, J. J., "El Tribunal Constitucional como órgano de garantía del Derecho comunitario en España", op. cit., pp. 15-17 y 21; MANGAS MARTIN, A., "La Constitución y la ley ante el Derecho comunitario...", op. cit., pp. 602-603; MUÑOZ MACHADO, S., La Unión Europea y las mutaciones del Estado, op. cit., p. 118; SANCHEZ RODRIGUEZ, L. I., "El artículo 93 CE y el bloque de constitucionalidad: algunos problemas", op. cit., p. 242. A mayor abundamiento, vid. para la posición análoga del Consejo Constitucional francés, las conclusiones generales de FRYDMANN en el asunto Nicolo, R.I.E., 1989-3, pp. 1019-1021; 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.

realice el ordenamiento comunitario, porque así lo ha querido el artículo 93 de la Constitución española. El conflicto entre Derecho comunitario y derecho nacional no posee por sí mismo naturaleza constitucional, pero en la medida en que afecte a materias constitucionales tan relevantes como los derechos fundamentales, adquirirá ciertamente una clara dimensión constitucional y, por ello, hará falta acudir a las normas comunitarias para resolver este conflicto ([181]). Ello significa que no puede decirse alegremente que sea muy escaso el contenido constitucional de este eventual conflicto como parece creer el juez constitucional([182]) y algunos sectores doctrinales que consideran aceptable su posición([183]).

Expuestas así las cosas, la perplejidad en que sume al autor estos asertos sólo puede superarse pensando que el Tribunal Constitucional, con la consideración como conflicto infraconstitucional y la negación del Derecho comunitario como canon de constitucionalidad, no ha prejuzgado su posición para las hipótesis en las que pueda verse confrontado con problemas graves de violación del Derecho comunitario por parte de los poderes públicos patrios, legislativo, ejecutivo o judicial([184]).

([181]) Esta conexión no sólo se produce en el caso de los derechos relacionales consagrados constitucionalmente, dado que el Tribunal de Justicia ha señalado que los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho comunitario vinculan no sólo a las instituciones comunitarias sino también a los poderes públicos estatales a la hora de ejecutar el Derecho comunitario (STJCE de 13 de julio de 1989, asunto Wachauf, nº 5/88, rec. 1989, pp. 2609 ss). Esta fuerza irradiante de los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho comunitario, a modo de la incorporation del derecho federal norteamericano (RUBIO LLORENTE, F., "¿Una Constitución sin declaración de derechos?", op. cit., pp. 139 ss) hace forzada y artificial la distinción del Tribunal Constitucional. Finalmente, puede citarse otro supuesto en el que falla la distinción del Tribunal Constitucional, de tal suerte que la defensa constitucional puede exigir una remisión al Derecho comunitario, a saber, en el caso de que la legislación interna tuviera la finalidad manifiesta de impedir la observancia del Derecho comunitario, en cuyo caso deberían ser declaradas inconstitucionales (vid. supra).

([182]) Debe recordarse que la posición del Tribunal Constitucional español (sentencias nº 28/1991 y 64/1991) coincide sustancialmente de la que mantiene el Consejo Constitucional francés, que sostiene que no hay inconstitucionalidad per se si una ley es contraria a la Constitución y, por lo tanto, no puede llevarse a cabo un control de constitucionalidad por violación del artículo 55 de la Constitución gala (SCC galo nº 75-54, de 15 de enero). En cambio, difiere de la posición del Tribunal Constitucional italiano, que ha pasado de considerar que implicaba un control de constitucionalidad que sólo podía ser llevado a cabo por él (STC italiano nº 232/1975, de 30 de octubre) a admitir que el juez nacional estaba 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 violase 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).

([183]) Por ejemplo, G. C. RODRIGUEZ IGLESIAS cuando considera que el Tribunal Constitucional tenía razón al señalar que al conflicto entre norma legislativa española y comunitaria le falta relevancia constitucional ("Tribunales Constitucionales y Derecho comunitario", op. cit., p. 1195), y T. R. FERNANDEZ cuando declara inadmisible esgrimir que el conflicto entre norma comunitaria y la ley interna posterior tiene naturaleza constitucional ("El control del derecho interno que infrinja el Derecho comunitario europeo...", op. cit., p. 580).

([184]) Como se ha apuntado supra, en ciertos casos flagrantes y graves debería admitirse su control en aras a la seguridad jurídica.

2.2.1.3. El valor jurídico del artículo 93 de la Constitución española

En estrecha conexión, se encuentra la consideración, por la sentencia del Tribunal Constitucional nº 28/1991, del artículo 93 de la Constitución como un mero cauce orgánico-procedimental([185]). Para el Tribunal Constitucional, este precepto "es el canon de la constitucionalidad de los tratados internacionales que forman el Derecho comunitario originario", pero no es canon de constitucionalidad del Derecho comunitario secundario por cuanto el artículo 93 implica solamente "un modo de celebración de una determinada clase de acuerdos internacionales": al ser una norma de índole orgánico-procedimental, únicamente los tratados celebrados bajo su amparo podrían ser confrontados con él en un juicio de constitucionalidad, lo que viene a acoger la tesis de que sólo puede ser objeto de control de constitucionalidad el Derecho comunitario primario([186]).

La Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992 aporta importantes precisiones y matices respecto a la interpretación del artículo 93 de la Constitución española. En concreto, en el fundamento jurídico 4 consideró la cuestión de saber si, como venía a sostener el Gobierno con apoyo en dos dictámenes del Consejo de Estado, el artículo 93 de la Constitución permitía prescindir de la reforma constitucional previa a la ratificación del Tratado U.E. en caso de apreciarse una incompatibilidad entre ambos textos legales([187]). Partiendo de la primacía absoluta de la Constitución sobre cualquier tratado, incluidos los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, el Tribunal Constitucional consideró que "la respuesta a tal cuestión no puede sino ser negativa", basándose en una interpretación del artículo 93 de la Constitución -que nuevamente califica como "precepto orgánico-

---

([185]) En cuanto al origen y sentido del artículo 93, que no será examinado con carácter general, vid. para un análisis desde perspectivas del Derecho internacional público, REMIRO BROTONS, A., Derecho internacional público, op. cit., pp. 173 ss; desde el Derecho constitucional, MUÑOZ MACHADO, S., El Estado, el derecho interno y las Comunidades Europeas, op. cit., pp. 264 ss; y desde el Derecho comunitario, MANGAS MARTIN, A., Derecho comunitario europeo y derecho español, op. cit., pp. 21 ss y 180 ss. Para una visión de conjunto, vid. SANCHEZ RODRIGUEZ, L. I., "El artículo 93 CE y el bloque de la constitucionalidad: algunos problemas", op. cit., pp. 219 ss.

([186]) STC nº 28/1991, de 14 de febrero, B.J.C. nº 119, pp. 15 ss, fundamento 4. Exponiendo sistemáticamente lo que afirma el Tribunal Constitucional a lo largo de la sentencia, resulta que el artículo 93 es una norma con un triple contenido: la celebración de un determinado tipo de acuerdos internacionales que sólo podrá autorizarse mediante ley orgánica; dichos tratados son aquellos por los que se atribuya a una organización internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución; la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión corresponderá, según los casos, a las Cortes Generales o al Gobierno.

([187]) Dictámenes del Consejo de Estado nº 850/1991, de 20 de julio de 1991, asunto Tratado de la Unión Europea I, y nº 421/1992, de 9 de abril de 1992, asunto Tratado de la Unión Europea 2. textos inéditos, emitidos durante la negociación del Tratado U.E. y tras su firma. En ellos proclamaba que no era necesario reformar la Constitución porque no se afectaba al ámbito material cubierto por el artículo 168 de la Constitución, sino al del artículo 167, respecto del cual las Cortes Generales ordinarias podían disponer por la vía de una ley orgánica aprobada en virtud del artículo 93. Haciendo honor a la justicia, debe decirse que se manifestaba en términos dubitativos y aconsejaba, para despejar las dudas, acudir al intérprete supremo de la Constitución, de conformidad con el artículo 95.2 de la misma y el artículo 78 de la L.O.T.C.

procedimental" aunque después llegaría a profundizar más para matizarla- que permite la limitación de competencia de los poderes públicos españoles para atribuir su ejercicio a organizaciones internacionales, pero que no constituye una excepción a la prohibición de tratados contra constitutionem, como resulta inequívocamente del artículo 95.1 de la Carta Magna al establecer la primacía de la Constitución frente a los tratados internacionales. Y como quiera que había de procurarse una interpretación que conciliase ambas previsiones constitucionales, concluyó que mediante el artículo 93 era posible modular el ámbito de aplicación de las normas que regían el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, pero no contrariar o modificar mandatos o prohibiciones constitucionales, pues tal precepto no era cauce legítimo para la reforma implícita o tácita constitucional, ni podría llamarse atribución de competencias a una contradicción de las normas de un tratado con los imperativos constitucionales. Constatando que con el artículo 8.B del Tratado U.E. no se cedían o transferían competencias, sino que simplemente se extendía a quienes no eran nacionales unos derechos que según el artículo 13.2 de la Constitución no podría atribuírseles, concluyó que "el texto objeto de esta consulta no entraña una cesión competencial, sino un compromiso directo para el Reino de España en orden a acomodar el propio ordenamiento electoral a una atribución de derechos subjetivos, operada por el Tratado, atribución que resulta inconciliable con el dictado del artículo 13.2 de la Norma Fundamental". No siendo la antinomia constatada reducible a través de lo previsto por el artículo 93 de la Constitución, se hizo preciso proceder a la reforma de este artículo por la vía del título X, único cauce de reforma que admitió, para dar cabida expresa en el seno constitucional al derecho de sufragio pasivo que contempla el artículo 8.B del Tratado U.E.([188]).

La tesis del Tribunal Constitucional es discutible en algunos aspectos. Se comparte plenamente la idea de que el artículo 93 de la Constitución no se presta a ser utilizado como instrumento para contrariar o rectificar mandatos o prohibiciones constitucionales([189]). Sin embargo, es muy criticable la consideración como "cauce orgánico-procedimental" en cuanto es irrefutable que el artículo 93 de la Constitución española es bastante más que eso, porque no puede negarse la trascendencia que tiene como fundamento constitucional para la aceptación de las consecuencias jurídicas materiales e institucionales de la atribución de

([188]) DTC de 1 de julio de 1992, B.J.C. nº 135, pp. 5 ss, fundamento 4.

([189]) Dicho con otros términos, G. C. RODRIGUEZ IGLESIAS señala que el artículo 93 "no puede ser considerado un fundamento suficiente para permitir la atribución de la competencia de dictar normas que estén en contradicción con esos principios fundamentales" de la Constitución ("Los efectos internos del Derecho comunitario", op. cit., p. 77).