ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y CONSTITUCIÓN

Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978

INAP

ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y CONSTITUCIÓN

Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978

INAP
Instituto Nacional de Administración Pública

Edita:
MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
Instituto Nacional de Administración Pública
NIPO: 329-98-016-2
ISBN: 84-7088-684-3
Depósito Legal: M-48343-1998
Diseño: Dolores Albareda
Composición, diseño y maquetación: Caslon, S.L.
Impresión: RUMAGRAF, S.A.
Encuadernación: Felipe Méndez

20347

La Constitución y el Derecho comunitario

Araceli Mangas Martín
Catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad de Salamanca, Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Comunitario. Codirectora de la *Revista de Derecho Comunitario Europeo*

Sumario: I. Introducción.—II. La recepción del Derecho primario.—III. La atribución de competencias: 1. *Alcance de la atribución de competencias en la jurisprudencia constitucional.* 2. *Los límites constitucionales a la atribución de competencias.*—IV. La aplicación interna del Derecho comunitario.—V. Las soluciones a los conflictos entre la Constitución española y el Derecho de la UE: 1. *La experiencia de la primera reforma constitucional.* 2. *Derechos fundamentales y Derecho comunitario.* 3. *El conflicto entre Constitución y norma de Derecho derivado.*—VI. El conflicto entre el Derecho comunitario y la ley interna: ¿un conflicto constitucional?—VII. Apreciación de conjunto.

I. Introducción

Las relaciones entre el Derecho español y el Derecho comunitario han venido facilitadas por una tradición legal, jurisprudencial y doctrinal favorable a la primacía y a la eficacia de los Tratados internacionales de los que España es parte. Esta actitud, que hunde sus raíces en la Escuela Española del Derecho de Gentes (la *Escuela de Salamanca),* revela, desde una posición monista, una necesidad de coherencia en la conducta interna y externa del Estado. Los órganos del Estado en su actividad normativa, ya sea interna o externa, generan el Derecho (interno e internacional) y, por coherencia, no deben contribuir a formar normas incompatibles.

II. La recepción del Derecho primario

La Constitución española (en adelante, CE) no distingue, en principio, entre el tratamiento a dar a los Tratados comunitarios del resto de Tratados internacionales. Luego, la recepción o inserción de los Tratados comunitarios sigue el procedimiento general previsto en el art. 96.1 CE.

Como cualquier otro Tratado internacional, los Tratados comunitarios se integran en el Derecho interno desde su entrada en vigor internacional y, en cuanto tales Tratados, son fuente directa y plenamente eficaces en el Derecho interno, una vez publicados oficialmente en España. A partir de la publicación oficial son susceptibles de crear derechos y obligaciones directamente exigibles por los particulares e invocables ante los órganos administrativos y judiciales.

Los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como los que han sido modificados o completados, tras su autorización parlamentaria y la posterior ratificación por el Rey, han pasado a formar parte integrante del Derecho interno, si bien no son Derecho español; es decir, forman parte del Derecho aplicable en España en el sentido monista de unidad de ordenamientos. En efecto, estos Tratados, y su Derecho derivado, gozan de autonomía propia en el sistema español, conservando su naturaleza propia de Tratados internacionales (y de normas derivadas) desde la fecha de entrada en vigor.

Desde luego, la inserción o recepción de estos Tratados en el Derecho interno no depende de la

publicación interna, puesto que es un acto unilateral mediante el cual no se pueden alterar los compromisos pactados sobre la entrada en vigor; por ello la fecha relevante para la entrada en vigor es la pactada internacionalmente por los Estados miembros en cada Tratado (1).

Concluyendo, a tenor de la Constitución vigente, los Tratados comunitarios forman parte del ordenamiento interno en cuanto tales Tratados (recepción automática), en el sentido de que ni la eventual autorización de las Cortes ni la publicación de tales Tratados en el *BOE* los transforme en normas internas.

III. La atribución de competencias

Pero además del art. 96 de la CE, de carácter general, hay otro precepto específico que regula la atribución del ejercicio de derechos de soberanía a una organización internacional: es el art. 93 de la CE. Esta disposición regula, además, el procedimiento de autorización parlamentaria por mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados (2).

El núcleo de las relaciones pacíficas y respetuosas entre el Derecho constitucional de cualquier Estado miembro y los Tratados constitutivos de un proceso de integración política reside en que los Estados aceptan voluntariamente ese proceso y regulan en su Constitución la atribución del ejercicio de determinados derechos de soberanía.

La Constitución española ha previsto esa posibilidad en el art. 93: se atribuye en los Tratados el ejercicio de parte de los poderes del Estado en favor de las Instituciones comunitarias; a partir de esa atribución, su ejercicio por las Instituciones comunitarias se hará conforme a los procedimientos y efectos previstos en los Tratados. En esos ámbitos cedidos ya no regirá la Constitución: las Cortes no podrán legislar, ni el Gobierno presentar proyectos legislativos, no se tendrá en cuenta el procedimiento legislativo, el Rey no sancionará ni promulgará las leyes...

Ciertamente, la soberanía no se cede; el pueblo español es el titular de la soberanía y en el acto constitucional atribuye el ejercicio de su soberanía a las Instituciones internas (Cortes, Gobierno, Comunidades Autónomas, poder judicial...). Y prevé, a su vez, que el ejercicio de esos poderes pue-

(1) El Derecho primario aceptado en el Tratado de Adhesión de 1985 fue puntualmente publicado el 1 de enero de 1986. Sin embargo, tanto el Acta Única Europea como el Tratado de la Unión adoptado en Maastricht se publicaron en el *BOE* con cierto retraso y, por tanto, hubo una disociación entre la fecha de entrada en vigor, que es común para *todos* los Estados miembros, y la fecha de publicación en España, que fue posterior a la entrada en vigor.

Hubo un pequeño desfase en relación con el Acta Única Europea pues entró en vigor para España y para todos los Estados miembros el 1 de julio de 1987, mientras que el *BOE* la publicó el 3 de julio de 1987.

La mayor negligencia (dos meses y medio de retraso o nueve meses, según se interprete) tuvo lugar con el Tratado de la Unión Europea, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993, pero al Estado *se le olvidó* publicarlo y, por fin, apareció publicado, en una versión plagada de errores, en el *BOE* de 13 de enero de 1994, la cual fue rectificada mediante nueva publicación completa en el *BOE* de 10 de junio de 1994.

De todas maneras, las Comunidades Europeas publicaron con pulcritud y diligencia el Tratado de la Unión Europea en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE)* de 31.8.1992 (L núm. 224), y no debe olvidarse que el art. 96 de la Constitución exige la publicación *oficial* sin concretar la publicación y el *DOCE* es también una publicación *oficial* en España.

(2) El alcance del art. 93 de la CE lo he analizado en diversos estudios: A. Mangas Martín, *Derecho comunitario y Derecho español*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987; «La Constitución y la ley ante el Derecho comunitario europeo» (Comentario a la STC 28/1991), en *Revista de Instituciones Europeas*, 1991-2, pp. 587-623; «Los Tratados internacionales (arts. 93 a 96 de la CE)», en *Revista de Derecho Político*, n.º 36, 1992, pp. 419-437; «La Declaración del TC sobre el art. 13.2 de la Constitución (derecho de sufragio pasivo de los extranjeros): una reforma constitucional innecesaria o insuficiente», en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1992-2, pp. 381-393.

da ser atribuido por las Instituciones nacionales en favor de Instituciones supranacionales. Esta previsión se materializó con la autorización parlamentaria del Tratado de Adhesión en 1985.

El art. 93 permite la atribución del ejercicio de derechos de soberanía, que consiste de hecho en la renuncia translativa y en el correlativo desposeimiento interno. El art. 93 no se agota en la autorización de la atribución, sino que rige continuadamente nuestra vinculación a la UE. El art. 93 de la Constitución es la expresión de la aceptación de los plenos efectos de las normas comunitarias. Como se ha dicho, el legislador constituyente español, teniendo en cuenta otras experiencias constitucionales, tenía suficientes referentes «para precisar constitucionalmente que los principios y técnicas comunitarias que regulaban estructuralmente las relaciones entre ordenamientos tenían una certera acogida en nuestros principios constitucionales» (3).

1. Alcance de la atribución de competencias en la jurisprudencia constitucional

Sin embargo, el Tribunal Constitucional español estima que el art. 93 es un precepto exclusivamente «de índole orgánico-procedimental», en el sentido de que «se limita a regular el modo de celebración de una determinada clase de Tratados internacionales» (4). Ahora bien, el Tribunal Constitucional español reconoce, en el mismo párrafo, que únicamente los Tratados que siguen ese procedimiento deberán ser confrontados con dicho precepto en un juicio de constitucionalidad (5), pues dicho precepto constituye el fundamento último de la vinculación de España.

También el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) entiende que el art. 93 sólo permite ceder o transferir «competencias» y no derechos que están previstos en la CE (6). Según el Tribunal, como el art. 93 explicita «atribución del ejercicio de competencias» y no alude a ceder o extender derechos en favor de otras personas. El razonamiento del Tribunal Constitucional es en este punto muy débil. Porque puede ser aceptable que el art. 93 no pueda acoger derechos que la Constitución expresamente niega; pero no se puede declarar de forma absoluta que el art. 93 se limita a la «cesión competencial», pues supone desconocer el contenido y efectos de los tratados comunitarios que crean numerosos derechos nuevos para los españoles y para los ciudadanos de los restantes Estados miembros en nuestro propio país. Además, esa argumentación del TC podría ser fácilmente burlada cediendo los Estados competencia al Consejo y al Parlamento Europeo para regular el estatuto y el régimen jurídico de los ciudadanos de la UE: se les cede la competencia normativa y, cuando la utilizan, crean los derechos correspondientes.

No debe hacerse una lectura simplista del art. 93 CE en el sentido de que sólo las competencias que prevé la Constitución pueden atribuirse a las Instituciones comunitarias; la atribución de poderes se refiere también al reconocimiento de competencias en favor de las Instituciones europeas,

(3) L. I. Sánchez Rodríguez, «El art. 93 CE y el bloque de la constitucionalidad. Algunos problemas», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1991, p. 221.

(4) Según D. Liñán Nogueras, la declaración del TC «comete el error de concebir el artículo 93 con un carácter exclusivamente "orgánico-procedimental"... desconociendo, de este modo, su condición de fundamento permanente de la vinculación del Estado español a la Unión Europea y de las importantes consecuencias constitucionales, de orden sustantivo, que de dicha vinculación resultan» (D. Liñán Nogueras, «La aplicación judicial del Derecho Comunitario en España», en A. Mangas y D. Liñán, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1996, p. 525.

(5) Dichas afirmaciones contradictorias se encuentran en la misma Sentencia 28/1991, de 14 de febrero, *BOE* de 15 de marzo de 1991, en el FJ 4.

(6) Declaración de 1 de julio de 1992 (Tratado de Maastricht), *BOE* de 24 de julio de 1992, supl. del n.º 177, pp. 2-7; también está publicada en *Revista de Instituciones Europeas*, 1992-2, FJ 4, párr. 4.º y 5.º.

aunque tales competencias no se posean por los órganos internos. Los Tratados internacionales que se autorizan con esta base jurídica pueden por igual transferir competencias existentes o crear nuevas competencias en favor de las Instituciones comunitarias (por ejemplo, armonización de legislaciones) como crear nuevos derechos (elecciones al Parlamento Europeo, libre circulación por todos los Estados miembros, protección diplomática-consular por los otros Estados miembros) o crear instituciones no previstas en la Constitución o extender derechos contemplados en la misma a otras personas. De hecho y de derecho, así ha ocurrido.

La adhesión de España a las Comunidades Europeas ha ampliado nuevos derechos y libertades fundamentales en nuestro favor y en favor de los ciudadanos de los otros Estados miembros. Resulta casi una obviedad recordar que los Tratados comunitarios crean derechos nuevos (entre otros, elecciones al Parlamento Europeo) o extienden ciertos derechos del nacional al ciudadano comunitario (libre circulación y residencia, elecciones municipales) y que tales efectos jurídicos están comprendidos dentro del alcance del art. 93 de la CE.

2. Los límites constitucionales a la atribución de competencias

Obviamente, se deduce que existen ciertos límites constitucionales a la atribución de competencias y, en consecuencia, a los desarrollos futuros de la Unión Europea.

El art. 93 de la Constitución española no permite una atribución incontrolada ni una atribución ilimitada de competencias que pudieran poner en peligro la pervivencia de España como Estado democrático, soberano e independiente (7). El art. 93 no dice que se puedan atribuir «*las*» competencias constitucionales, sino que se puede atribuir «el ejercicio de competencias»... Es decir, de determinadas competencias; solamente algunas competencias.

Los límites, muy difíciles de franquear en la vigente Constitución, se encontrarían en una atribución del ejercicio de soberanía que pusiera en peligro la pervivencia de la propia Constitución y del Estado mismo, afectando a sus elementos esenciales como son el Estado social y democrático (pluralismo político y sindical, imperio del Derecho), la unidad nacional, la lengua oficial, el sistema autonómico, la estructura constitucional de los poderes públicos, la forma monárquica del Estado y el respeto a los derechos y libertades fundamentales y reconocidos en el Título I.

Es indudable que las normas comunitarias, originarias o derivadas, no pueden vulnerar los principios básicos del sistema constitucional de cada Estado miembro (en nuestro caso, el Título Preliminar: el Estado de Derecho, la unidad nacional, la estructura autonómica, los principios del ordenamiento, etc.) ni los derechos fundamentales y libertades garantizados por la Constitución (Título I).

IV. La aplicación interna del Derecho comunitario

La aplicación interna del DC en España está regulada, de forma confusa e incompleta, en el párrafo segundo del art. 93 de la Constitución: «Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos Tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.»

Si este precepto confía el cumplimiento del DC a las Cortes o al Gobierno, no arroja nueva luz

(7) Esta posición la mantuvo hace tiempo S. Muñoz Machado en *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, Madrid, 1986, pp. 264 y ss.

sobre esa obligación y no despeja las opciones posibles. Desde luego, el DC no impone ni recomienda un determinado procedimiento —el legislativo o el ejecutivo, intervención de autoridades territoriales—, ni designa los órganos que deberán asumir las medidas necesarias para su aplicación cuando ésta se confía a las autoridades internas, ya que tales medidas se adoptan por las autoridades internas «en el respeto a las formas y procedimientos del Derecho nacional», con los únicos límites de respeto debido a los principios de primacía, efecto directo y aplicación uniforme del DC.

Precisamente, desde esa autonomía institucional y procedimental hay que entender la disyuntiva del art. 93 de la CE: serán las Cortes Generales o el Gobierno, *según los casos,* quienes adopten las normas de ejecución requeridas por la norma comunitaria; es evidente que la clave de la ejecución se desplaza ahora al sentido de la opción *«según los casos»:* habría que tener en cuenta al decidirse por una u otra opción —la vía parlamentaria o la vía gubernamental— el respeto a las prerrogativas de las Cortes. Lo primero que hay que dilucidar es si es competencia exclusiva del Estado; es decir, cuando la norma comunitaria afecte a una competencia estatal serán las Cortes o el Gobierno los competentes para hacer su desarrollo o su ejecución.

El segundo paso es tener en cuenta si la materia a desarrollar —no la materia regulada por la norma comunitaria— es prerrogativa de las Cortes o en qué medida afecta a las materias y al alcance de la competencia reglamentaria del Gobierno para decantar la opción en cada caso o el reparto de las tareas de ejecución. No hay, pues, automatismos basados en la naturaleza formal de la norma comunitaria: no es correcta la dicotomía «reglamento-ejecución por el Gobierno» y «directiva-desarrollo por las Cortes». Lo que importa es el contenido material de la disposición que necesita de un desarrollo y el margen de discrecionalidad que deja a las autoridades internas para su aplicación.

Además, ese párrafo segundo del art. 93 de la CE es incompleto. Como ya señalé hace tiempo (8), parece evidente que, incluso desde la óptica del Estado, también los jueces están llamados de manera preferente a aplicar el DC y en ellos está descansando el control interno de su cumplimiento. Por ello, todos los procedimientos judiciales existentes en cada Estado miembro son susceptibles de ser utilizados para reclamar la protección judicial efectiva de los derechos que el orden comunitario confiere a los particulares.

También se echa de menos en ese art. 93 de la CE una referencia a la aplicación del DC por las Comunidades Autónomas, aunque este olvido es menos sorprendente por razones políticas obvias. Desde luego, si la materia es competencia autonómica, las CC.AA. procederán a su desarrollo a la luz de su respectivo Estatuto de Autonomía.

Por otra parte, si ese párrafo se refiere a la *garantía* del cumplimiento, no sólo al cumplimiento en sí, tampoco es muy correcta su redacción, pues la garantía o responsabilidad del cumplimiento no es cierto que corresponda en unos casos al Gobierno y en otros a las Cortes, sino siempre al Estado, al Estado en su conjunto, es decir, a España como Estado miembro.

V. Las soluciones a los conflictos entre la Constitución española y el Derecho de la UE

La primacía del Derecho comunitario, como la del Derecho internacional, se funda en su propia naturaleza. Pero, además, el compromiso de cumplimiento se explicita en los Tratados —arts. 10 TCE (9), 86 TCECA y 192 EURATOM—.

(8) A. Mangas Martín, *Derecho Comunitario europeo y Derecho español,* Madrid, 1987 (2.ª ed.), p. 181.

(9) De conformidad con la nueva numeración introducida por el Tratado de Amsterdam de 1997.

Sin embargo, se puede reforzar la prevalencia de las normas comunitarias originarias y derivadas en los preceptos constitucionales (arts. 93 y 96 de la CE).

La posición de los Tratados internacionales en relación con la Constitución es una cuestión especialmente delicada: hay un consenso generalizado en torno a la infraconstitucionalidad de los Tratados internacionales. Es obvio decirlo: la Constitución es la expresión de la voluntad soberana del pueblo español manifestada por el poder constituyente. Por ello, un eventual conflicto no debiera resolverse necesariamente en términos de jerarquía, sino buscando soluciones fundadas en el principio de coherencia que debe regir la actividad interior y exterior del Estado: o no se suscribe el Tratado o se reforma la CE.

La Constitución exige la previa revisión constitucional antes de celebrar un Tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la misma (art. 95 CE).

Ciertamente, los Tratados internacionales, en general, sólo gozan en España de jerarquía supralegal (art. 96.1 de la CE) (10). Pero ya he señalado que el particular caso de los Tratados comunitarios debe ser examinado no sólo a la luz del precepto general, sino del precepto específico (el art. 93 de la CE).

Ahora bien, la primacía y la eficacia del Derecho comunitario en España no sólo tiene el apoyo constitucional general que encuentra cualquier Tratado internacional en España (el art. 96 CE), sino un refuerzo específico en el art. 93 de la Constitución mediante el cual el Derecho comunitario puede desplegar con plenitud sus características específicas.

En efecto, toda relación entre la Constitución española y el Derecho comunitario debe ser contemplada desde la perspectiva del art. 93 CE, el cual permite, en los ámbitos atribuidos a las Instituciones comunitarias y regulados en los Tratados, excluir la competencia y la norma nacional, incluida la constitucional, y sustituirla por la competencia y la norma comunitaria. A título de ejemplo, los ámbitos que la Constitución reserva a la ley, es decir, a las Cortes, y el procedimiento legislativo español pueden verse sustituidos en las materias reguladas por los Tratados comunitarios por las Instituciones comunitarias y los procedimientos normativos de la UE; lo mismo podría decirse si es una competencia autonómica o del Gobierno de la Nación española o del Rey (la manifestación del consentimiento).

Las situaciones de contradicción entre la Constitución y el Derecho comunitario no se han planteado, hasta ahora, en términos de «atentados a la soberanía nacional» ni de «atentados a la organización interna del Estado» ni de otra índole. Precisamente, hasta 1998 la única contradicción constatada, en opinión exclusiva del TC (11), fue la relativa al derecho de sufragio pasivo, prohibido por el texto original de la CE para los extranjeros, y se saldó dicha contradicción con la primera y única reforma de la CE para adaptarse al Tratado comunitario antes de que éste entrara en vigor.

En realidad, tampoco puede haber conflicto entre el Derecho constitucional y los Tratados comunitarios *en vigor*. La Constitución española no admite, por la mencionada coherencia, que el Estado español preste el consentimiento a un Tratado contrario a sus disposiciones. Nuestro sistema jurídico exige eliminar la contradicción: o no aceptamos ser parte de ese Tratado (12) o reformamos la Constitución española.

Seriamente no se puede hablar de conflicto con la Constitución. No debe olvidarse que la Cons-

(10) Sobre esta posición mayoritaria en la doctrina española y en la práctica de nuestros Tribunales, véase, por todos, J. D. González-Campos, L. I. Sánchez Rodríguez y M. P. Andrés Sáenz de Santamaría, *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, 1998, pp. 275-280.

(11) Los dos dictámenes del Consejo de Estado, como el realizado por los letrados de las Cortes, y la mayoría de la doctrina iusinternacionalista negaban la necesidad de reformar la CE.

(12) En el caso comunitario equivaldría en la práctica a tener que optar por la retirada de la Unión Europea.

titución ha previsto la atribución del ejercicio de competencias que hasta 1986 correspondían a Instituciones internas y que desde entonces se ejercen por las Instituciones comunitarias en las condiciones previstas en los Tratados (y no en la Constitución española). Es importante recordar, para comprender la coexistencia armónica de la Constitución española y del Derecho comunitario, que es la propia Constitución española (art. 93) la que permite al Derecho comunitario originario y derivado desplegar con plenitud sus principios y el conjunto de sus efectos, produciéndose por voluntad de la Constitución misma una sustitución de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias por las disposiciones de los Tratados y actos comunitarios. La atribución de competencias no es una expresión retórica o formal sino real y práctica: significa el correlativo desposeimiento de las Instituciones nacionales en los ámbitos regulados por los Tratados y otras normas comunitarias.

Desde luego, los Tratados comunitarios no pueden violar los principios básicos de los sistemas constitucionales mismos que han permitido esa atribución ni arrumbar o poner en peligro la propia existencia de la Constitución que les da vida; pero en *los ámbitos atribuidos a las CC.EE., los Tratados prevalecen sobre toda norma interna, incluida la Constitución española.* La Constitución sigue rigiendo plenamente en los ámbitos que permanecen bajo el ejercicio de la soberanía nacional, pero en las materias atribuidas a la Unión rigen los Tratados (y el Derecho derivado) y, en caso de conflicto, gozan de prevalencia; luego, los Tratados comunitarios no son infraconstitucionales ni supraconstitucionales; en todo caso son extra o metaconstitucionales.

Por ello, la aludida Sentencia 28/1991 hace una afirmación gratuita y errónea sobre el rango o carácter infraconstitucional de las normas comunitarias en el Derecho español: el TC declara que «... la eventual infracción de la legislación comunitaria por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas *infraconstitucionales* que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria» (FJ 5, cursiva añadida).

Esa afirmación la he criticado con profundidad (13); en parte parecía que se rectificaba en posteriores sentencias, como la Sentencia 64/1991 o la Sentencia 180/1993, de 31 de mayo (asunto *FOGASA*), al matizar que la norma comunitaria es *no constitucional* (frente a su calificación anterior de norma infraconstitucional) (14). Sin embargo, el TC ha reincidido intencionadamente en su anterior afirmación gratuita en una Sentencia de 25 de marzo de 1996 en la que, al citar su jurisprudencia anterior, no escoge su última versión matizada de 1993 (la Sentencia del asunto 180/1993, *FOGASA*), sino la *afilada* del asunto 28/1991 (normas *infraconstitucionales*). Afortunadamente, el Magistrado del TC Julio D. González-Campos emitió un voto particular discrepante, entre otros aspectos muy bien justificados, con esa adjetivación que ya había sido abandonada por el TC: «... la STC 180/1993, al citar el pasaje de la mencionada Sentencia 28/1991, creyó oportuno matizarlo indicando que nos encontrábamos ante un "conflicto de normas no constitucionales"» (15).

En caso de eventual contradicción entre una norma de los Tratados y la Constitución, se debe examinar la contradicción a la luz del art. 93 de la Constitución para indagar si la atribución del ejercicio de competencias que exige la disposición litigiosa del Tratado está amparada por la atribu-

(13) En mi estudio «La Constitución y la ley ante el Derecho comunitario europeo» (Comentario a la STC 28/1991), en *Revista de Instituciones Europeas,* 1991-2, pp. 618 y ss. También el Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha estimado que era un «calificativo desafortunado y, por otra parte, innecesario» y deja entrever cierta consciencia del TC al utilizar el término «infraconstitucional» («Tribunales constitucionales y Derecho Comunitario», en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Prof. Manuel Díez de Velasco,* Madrid, 1993, p. 1195).

(14) STC 64/1991, de 22 de marzo, *BOE* de 24 de abril de 1991; STC 180/1993, de 31 de mayo, FJ 3 (*BOE* de 5.7.1993).

(15) STC 4571996, de 25 de marzo, *BOE* de 27 de abril de 1996, p. 6.

ción que prevé el art. 93, o va más allá de lo contemplado en esa norma constitucional y exija una reforma de la Constitución.

Esto significa que el art. 93 no es —como erróneamente ha afirmado el Tribunal Constitucional— un precepto exclusivamente «de índole orgánico-procedimental» (Sentencia citada 28/1991), en el sentido de que «se limita a regular el modo de celebración de una determinada clase de Tratados internacionales». Ahora bien, el Tribunal Constitucional español reconoce, en el mismo párrafo de la sentencia citada, que únicamente los Tratados que siguen ese procedimiento deberán ser confrontados con dicho precepto en un juicio de constitucionalidad (16), pues dicho precepto constituye el fundamento último de la vinculación de España.

Ahora bien, cuando una nueva norma de los Tratados comunitarios sea incompatible con la Constitución española y no pueda salvarse con una adecuada interpretación del alcance del art. 93, entonces cabe la reforma de la Constitución. La Constitución prevé la posibilidad de un control previo de la constitucionalidad de los Tratados sobre los que se proyecte prestar el consentimiento del Estado (art. 95.2). Éste fue el procedimiento seguido con ocasión de la contradicción observada entre el Tratado de la Unión Europea y la Constitución española.

Si las nuevas disposiciones comunitarias afectasen al Título Preliminar (el Estado social y democrático —pluralismo político y sindical, imperio del Derecho—), la lengua, el sistema autonómico, la estructura constitucional de los poderes públicos, el respeto a los derechos y libertades fundamentales y reconocidos en los arts. 15 a 29 (Título I) y la forma monárquica del Estado (Título II), se abrirá la *«caja de Pandora»* en nuestro sistema político (art. 168 de la CE) al tener que iniciarse una compleja revisión de la Constitución (art. 168).

Pero si las nuevas disposiciones comunitarias no afectasen a ese «núcleo especialmente duro» (como sucedió con el Tratado de Maastricht) pero exigiesen la reforma de la Constitución, entonces la reforma sería flexible y muy factible (art. 167).

En definitiva, se trata de evitar todo conflicto con la Constitución.

1. La experiencia de la primera reforma constitucional

Esta previsión constitucional de control previo ha sido utilizada con ocasión del proceso de ratificación del Tratado de la Unión Europea. El Gobierno español solicitó del Tribunal Constitucional que examinara si el Tratado de Maastricht se adecuaba a la Constitución y, en particular, sobre la compatibilidad del art. 8.B.2 del Tratado de la Comunidad Europea (derecho de sufragio pasivo de los ciudadanos de la Unión en las elecciones municipales) con el art. 13.2 de la CE (que excluía este derecho para los extranjeros). El Tribunal limitó su examen al segundo problema y no contestó al requerimiento general del Gobierno ni examinó la constitucionalidad de la nueva institución de la «ciudadanía de la Unión» ni de otras innovaciones institucionales y normativas del Tratado de Maastricht, como hicieron otros Tribunales constitucionales de otros Estados miembros (la pérdida de soberanía monetaria o del control sobre el cruce de fronteras, etc.).

El Tribunal Constitucional despachó tan importante asunto en su Declaración de 1 de julio de 1992, afirmando que el art. 8.B.2 del Tratado de Maastricht entraba en contradicción con el art. 13.2 de la CE (17). Entonces, las Cortes Generales aprobaron la primera reforma de la Constitución modificando el art. 13.2 (*BOE* de 28 de agosto) en el sentido de añadir los términos «y pasivo» para per-

(16) Dichas afirmaciones contradictorias se encuentran en la misma Sentencia 28/1991, en el FJ 4.

(17) TC, Declaración de 1 de julio de 1992 (*Tratado de Maastricht*), *BOE* de 24 de julio de 1992.

mitir el ejercicio del derecho de sufragio activo «y pasivo» (elegibilidad) a los extranjeros (a todos los extranjeros, y no sólo a los ciudadanos de la Unión, como se limitaba en el Tratado de la Unión) en nuestros procesos electorales municipales si así se acuerda por ley o por Tratado, como el de la Unión Europea.

2. Derechos fundamentales y Derecho comunitario

El art. 6.1 y 3 del TUE reconoce la obligación de las Instituciones de la Unión de respetar la identidad nacional de los Estados miembros y los derechos fundamentales tal y como «resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros», y tal y como se garantizan en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos «como principios del Derecho comunitario».

Por tanto, el acervo constitucional en materia de derechos fundamentales de cada Estado miembro forma parte del «Derecho» cuyo respeto debe garantizar el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En estas materias es imprescindible el respeto mutuo entre ambos ordenamientos y cabe esperar del TJCE que haga respetar los derechos fundamentales constitucionales como parte del propio Derecho comunitario.

El TJCE debe velar por el respeto de los principios fundamentales del Estado de Derecho, en especial por el respeto del *standard* constitucional en materia de derechos fundamentales que tienen garantizados los ciudadanos por la Constitución de su Estado, de forma que la integración en las Comunidades Europeas no pueda suponer en modo alguno una disminución de los derechos fundamentales garantizados por la CE ni un peligro para la supervivencia de una identidad nacional.

En definitiva, el respeto al *standard* mínimo de derechos y garantías constitucionales, así como a los principios que son comunes a las Constituciones de los Estados miembros, no puede ser vulnerado por las Instituciones comunitarias ni desconocido por el TJCE sin violar el propio Derecho comunitario.

Por ello, la Constitución de cada Estado miembro no es ajena al propio Derecho comunitario y a la competencia del TJCE, el cual tiene por misión «asegurar el respeto del Derecho», el «Derecho» sin adjetivación alguna (art. 220 TCE), en la interpretación y en la aplicación de los Tratados y del Derecho derivado.

Luego, si una norma de Derecho derivado viola derechos fundamentales debe ser eliminada *erga omnes* en toda la Unión Europea, y esto sólo puede hacerse por el TJCE y en ningún caso por los Tribunales constitucionales nacionales, pues atentaría a la unidad del Derecho comunitario y no aseguraría un pleno respeto al patrimonio común en materia de derechos fundamentales en toda la Unión. El Tribunal Constitucional español reconoce, con acierto en esta ocasión, que «no cabe formular recurso de amparo frente a normas o actos de las Instituciones de la Comunidad» (18).

En estas situaciones, los Estados miembros deberían asumir su responsabilidad de defensores objetivos de la legalidad («demandantes privilegiados»), como responsables de la atribución de competencias constitucionales, y plantear ante el TJCE el recurso de nulidad frente al acto derivado, sin perjuicio de las posibles vías de recurso al alcance de diferentes legitimados.

(18) TC, Sentencia 64/1991, de 22 de marzo *(APESCO)*, FJ 4, *BOE* de 24 de abril de 1991. Naturalmente, los actos nacionales en ejecución del Derecho comunitario que pudieran lesionar un derecho fundamental son controlables por el TC, pero no el acto comunitario, y tampoco si el acto nacional es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario.

3. El conflicto entre Constitución y norma de Derecho derivado

En efecto, cuando se habla de este teórico conflicto lo primero sobre lo que hay que reflexionar es sobre cuál es el origen de la norma de Derecho derivado, la legalidad a la que debe someterse y si existe un órgano jurisdiccional común al que se haya atribuido el monopolio del control de la legalidad de dichos actos.

En efecto, las normas de Derecho derivado son actos adoptados por las Instituciones comunitarias en virtud de los poderes normativos de los que se han desprendido los Estados miembros y de los procedimientos regulados en los Tratados y con los efectos y sistemas de control jurisdiccional pactados en los Tratados. En definitiva, tienen autonomía propia, en su origen, en su formación, en sus efectos y en su control de legalidad: se deben a los Tratados y no a una concreta Constitución.

Por voluntad expresa del constituyente español se acepta el Derecho comunitario derivado tal como es, con sus exigencias propias en cuanto a su formación y a los efectos previstos en los Tratados mismos que hemos aceptado. De ahí que la indagación sobre su validez respecto de una norma superior deba hacerse en relación con los propios Tratados comunitarios: a ellos debe su origen y a ellos debe conformarse. El patrón de la legalidad del Derecho derivado es el Derecho originario, es decir, los Tratados (19).

Habrá que comprobar si el acto comunitario ha sido adoptado en el marco de las competencias comunitarias y en el respeto de los principios y objetivos y de los procedimientos de adopción pactados por los Estados miembros en los Tratados. Y habrá que tener en cuenta que los Estados miembros, España, además de ceder poderes normativos de las Cortes y del Gobierno (además de las CC.AA.), ha cedido poderes de los órganos jurisdiccionales españoles. La competencia del Tribunal Constitucional español de controlar la conformidad de los Tratados internacionales (e implícitamente del Derecho derivado) se ha visto alterada en el sentido de que el control de constitucionalidad del Derecho derivado se ha atribuido al Tribunal de Justicia de las CC.EE.; luego, ya no la posee. El Tribunal Constitucional no puede estar por encima o al margen del art. 93 de la Constitución española y debe atenerse a la existencia de un Tribunal de Justicia comunitario que, ni siendo superior ni inferior, es el único juez de la legalidad comunitaria de conformidad con las competencias que los Estados miembros le han atribuido (arts. 220 a 245, en especial 230, 234 y 241 TCE).

Puesto que el canon o patrón de legalidad del Derecho derivado es únicamente el Derecho comunitario y el TJCE es el único juez competente para juzgar la validez del Derecho derivado, el art. 93 de la Constitución impide al Tribunal Constitucional controlar la constitucionalidad del Derecho derivado comunitario. Luego, un eventual conflicto entre el Derecho derivado y la Constitución no puede ser resuelto —ni lo ha sido hasta ahora— por el Tribunal Constitucional al haber sido desprovisto de esa competencia en virtud del art. 93 de la Constitución y atribuida al Tribunal de Justicia de las CC.EE.

Este conjunto de argumentaciones no varía en el supuesto de que se alegue una vulneración de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución española por una norma de Derecho derivado, si bien el factor de respeto mutuo es el determinante (*vid.* epígrafe anterior) .

Tampoco se debe olvidar que las principales Instituciones decisorias de las Comunidades Europeas (el Consejo y el Parlamento Europeos) están formadas, respectivamente, por miembros de los Gobiernos de los Estados y por parlamentarios directamente elegidos por los pueblos de los Estados miembros: nuestro Gobierno y los diputados que nos representan no deben contribuir a adoptar ac-

(19) Para el TJCE, «la validez de tales actos no puede ser apreciada más que en función del Derecho comunitario» (Sentencia de 17.12.1970, *Internationale Handelsgessellschaft*, 11/70; 13.12.1979, *Hauer*, 44/79).

tos contrarios a los Tratados, y si éstos se adoptaran por el juego de las mayorías, en las manos del Gobierno español está el velar por el respeto a la legalidad interponiendo el correspondiente recurso de nulidad ante el TJCE.

VI. El conflicto entre el Derecho comunitario y la ley interna: ¿un conflicto constitucional?

La Constitución española declara de modo indirecto, pero inequívoco, la primacía de los Tratados en caso de conflicto con las normas legales internas en el párrafo final del art. 96.1: «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» (20).

Luego, un Tratado, o una norma derivada, no puede ser modificado, derogado o suspendido de forma unilateral, por ejemplo, por una ley de Cortes o por una ley autonómica o por un decreto-ley, sino mediante la voluntad concertada de los Estados partes que concurrieron en el mismo: la fuerza de resistencia del Tratado frente a la ley es la garantía de la primacía del Tratado sobre las leyes anteriores o posteriores contrarias. En consecuencia, las leyes internas quedarán inaplicadas en caso de contradicción con un Tratado en vigor para España (21).

La Constitución española, al igual que otras muchas Constituciones, no regula expresamente el tratamiento de los actos de las Organizaciones internacionales, por lo que se aplica por analogía el régimen de integración y prevalencia de los Tratados, dado que la formación y efectos de los actos del Derecho derivado se regulan en el Tratado constitutivo. Los Tratados internacionales y el Derecho que deriva de ellos pueden crear en España, por sí mismos, derechos y obligaciones directamente

(20) El Tribunal Supremo, con anterioridad a la Constitución de 1978, había señalado que «los compromisos internacionales derivados de un instrumento expresamente pactado, llámese Tratado, protocolo o de otro modo, tienen primacía en caso de conflicto o contradicción con las fuentes del Derecho interno que pudieran diferir de lo estipulado» (Sentencia de 27 de febrero de 1970, *Aranzadi*, 1970, n.º 658), y el mismo Tribunal en sentencia posterior, reiterando el párrafo citado, añade: «debiendo prevalecer en caso de disconformidad (...) la aplicación de lo estatuido en el Convenio» (Sentencia de 17 de junio de 1971, *Aranzadi*, 1971, n.º 3191). Después de promulgada la Constitución, el Tribunal Supremo ha mantenido su jurisprudencia sobre la integración de los Tratados internacionales en el orden interno y su superior jerarquía: ante una colisión entre un convenio y una ley posterior ha afirmado que «el Convenio, al haber pasado a formar parte del ordenamiento español, tiene plena vigencia en nuestro país, sin poder entenderse derogado por el Estatuto de los Trabajadores de posterior publicación, porque al garantizar la Constitución española el principio de legalidad y de jerarquía normativa (art. 9.3), ha de primar el citado Convenio» (Sentencia de 22.5.1989, *Aranzadi*, n.º 3877).

También el Tribunal Constitucional ha reconocido la superior jerarquía de los Tratados sobre la ley en varios asuntos. En la Sentencia 28/1991, de 14 de febrero, el Tribunal Constitucional ha insistido en que el art. 96.1 de la CE faculta a los jueces y Tribunales españoles, en caso de colisión de un Tratado con una ley (anterior o posterior), a seleccionar el Tratado como la norma aplicable al litigio (FJ 5).

(21) Aunque resulte obvio, hay que señalar que la primacía y la aplicación directa de los Tratados internacionales se refiere al conjunto de la legislación española, tanto estatal como autonómica. En efecto, en la mayoría de los Estatutos de Autonomía se prevé, expresa o tácitamente, la aplicación del Derecho emanado de la Comunidad Autónoma, en las materias de su competencia exclusiva, «con preferencia a cualquier otro». Esa prevalencia de ciertas normas autonómicas se entiende en la relación entre el Derecho estatal y el Derecho autonómico sobre la materia en el marco de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pero el Derecho autonómico no puede prevalecer en caso de conflicto sobre los Tratados internacionales (y, en consecuencia, sobre los actos de las organizaciones internacionales), como tampoco puede prevalecer sobre la Constitución, que predica esa primacía del Tratado a la que se subordina toda nuestra legislación.

exigibles por los particulares e invocables ante los órganos judiciales y administrativos (disposiciones de efecto directo).

Hay que reconocer que la contradicción entre el Derecho comunitario y la ley posterior es el conflicto más habitual en todos los Estados miembros.

Después de más de doce años de aplicación del Derecho comunitario en España ya hay una abundante jurisprudencia en la materia, lo que revela la importancia práctica del ordenamiento comunitario y la permeabilidad de nuestros jueces y Tribunales a sus peculiares innovaciones y exigencias. Se observa una comprensión por parte de todos los jueces y Tribunales inferiores y superiores (y de jurisdicciones tan diversas como la ordinaria, el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Tribunal Económico-Administrativo) al fenómeno jurídico de la integración, reveladora del respeto de la jurisdicción ordinaria a la voluntad popular expresada en la Constitución (22). Aunque resulte paradójico, tal respeto no es tan evidente en el Tribunal Constitucional español, que se ha encastillado, en relación con determinados problemas, en una posición poco respetuosa con el «espíritu» y el texto constitucional en materia de compromisos jurídico-internacionales.

Así, la Sentencia 28/1991, de 14 de febrero, del Tribunal Constitucional se refirió a la eventual contradicción entre norma comunitaria y ley interna posterior confirmando la facultad de los jueces o tribunales españoles para inaplicar, en su caso, las disposiciones legales contrarias al Derecho comunitario (lo que es plenamente correcto). Aunque hubo antes de 1991 alguna sentencia de menor importancia, dicha Sentencia del Tribunal Constitucional confirma la doctrina *Costa c. ENEL* y *Simmenthal,* relativa a la facultad de los jueces y tribunales para inaplicar, en su caso, las

(22) Así, una temprana Sentencia del Tribunal Supremo (de 28 de abril de 1987, *Aranzadi,* n.º 4499) reconoce, de forma muy ortodoxa y con total precisión terminológica, al Derecho comunitario «eficacia directa y carácter prevalente en virtud de la cesión parcial de soberanía que supone la adhesión de España a la Comunidad, autorizada por la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, en cumplimiento del art. 93 de nuestra Constitución, hecho a la medida para esta circunstancia». En la misma línea, una Sentencia de 18 de febrero de 1988 del Tribunal Superior de Extremadura resalta la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho constitucional interno.

Alguna sentencia aislada ha incurrido en gravísimos errores al negar el principio de la eficacia directa e ignorar los fundamentos básicos del Derecho comunitario y la elemental jurisprudencia *Van Gend en Loos,* de 1962 (Sentencia de 21 de diciembre de 1988, Sala 2.ª, *Aranzadi,* n.º 9680).

Pero otras Salas del Tribunal Supremo (habitualmente las de lo contencioso-administrativo) han hecho una aplicación muy correcta, en términos generales, de las normas comunitarias.

Igualmente, se observa una actitud de cooperación de los jueces españoles en la aplicación del Derecho comunitario mediante la remisión de cuestiones prejudiciales fundadas en el art. 234 TCE. Apenas dos meses después de la adhesión (1 de enero de 1986), en marzo de 1986, llegaba la primera cuestión prejudicial al TJCE planteada por el Tribunal Central de Trabajo. Ciertamente, al Tribunal Supremo le costó cierto tiempo aceptar el planteamiento de cuestiones prejudiciales, pero superadas las reticencias iniciales ha planteado cuestiones o ha utilizado la jurisprudencia *CILFIT,* de modo que ha asegurado el respeto de las superiores obligaciones de España. Otros muchos Tribunales Superiores de las Comunidades Autónomas han planteado cuestiones prejudiciales (Cataluña, Canarias, Comunidad Valenciana, Andalucía, etc.).

A veces se producen ciertas contradicciones en la jurisprudencia de un mismo Tribunal; algunas sentencias del Tribunal Supremo han estimado que el enjuiciamiento de las leyes no le corresponde y que no podría tampoco declararlas inaplicables en caso de contradicción con normas comunitarias (Sentencias de 23, 26, 28, 29 y 30 de noviembre de 1990, Sala 3.ª) y se residenciaría la competencia en el Tribunal Constitucional (que la ha rechazado claramente). Sin embargo, parece una tendencia ya superada.

A título de ejemplo podría citarse otra Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1993 (Sala 3.ª de lo Contencioso-Administrativo) en la que reconoce que un Real Decreto adoptado en aplicación de una norma de los Tratados podía modificar una ley anterior, si bien tal modificación no la producía el Real Decreto sino la normativa comunitaria si es contraria a las previsiones de la ley nacional, «pues es sabido que en un conflicto de normas a este nivel supranacional, subyace la subestatalidad que desapodera al Estado miembro de ciertas atribuciones».

disposiciones legales contrarias al Derecho comunitario (23). Es la parte más correcta de esta Sentencia.

Pero en este y en otro asunto posterior (Sentencia 64/1991, de 22 de marzo) el Tribunal Constitucional se ha declarado incompetente para controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario. Considera que ese control compete a los jueces y Tribunales ordinarios y al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Ha afirmado así «que la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es, pues, una cuestión de carácter infraconstitucional y por lo mismo excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales» (24). Dejando a un lado la crítica ya manifestada por la utilización poco bien intencionada del término «infraconstitucional», ese párrafo sólo es correcto si se entiende *únicamente* que el TC estima que ese conflicto es competencia de la jurisdicción ordinaria: en efecto, cualquier juez o Tribunal en España puede controlar la compatibilidad de la ley anterior o posterior con el Derecho comunitario y declararla inaplicable. Hasta ahí es plenamente correcto ese control difuso en manos de todo juez español.

Así lo entendió muy pronto el Tribunal Supremo. Aunque se podrían citar varias sentencias más de ese cariz favorable a la inaplicabilidad de la ley anterior o posterior contraria al Derecho comunitario, el Tribunal Supremo ha reconocido que «las normas [internas] anteriores que se opongan al Derecho comunitario deberán entenderse derogadas y las posteriores contrarias, habrán de reputarse inconstitucionales por incompetencia —arts. 93 y 96.1 de la Constitución española—, pero no será exigible que el juez ordinario plantee la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 de la Constitución española) para dejar inaplicada la norma estatal, porque está vinculado por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia que tiene establecido el principio *pro comunitate*» (25).

Obsérvense algunas diferencias importantes: para el TS, el conflicto entre la ley y el DC es un conflicto constitucional, al no respetar la ley, es decir, las Cortes, un tratado o acto derivado «protegido» por el 93 y 96 de la CE: no se respeta la atribución de competencias y se altera un texto convencional o análogo que la CE exige que sólo sea alterado en las formas previstas en los Tratados que le dieron vida. Pero esa posible violación de la CE excepcionalmente no le priva de competencia y puede proceder a un control de conformidad inaplicando la ley, es decir, seleccionando la norma aplicable al caso: la norma comunitaria. Absolutamente correcta la interpretación del TS.

En esta materia, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es sólo en parte respetuosa con las exigencias del DC. En numerosas sentencias, el Tribunal Constitucional repite que el Derecho comunitario no es parámetro de la constitucionalidad de las normas internas y se ha declarado incompetente, ya sea para examinar si la ley era contraria a la Constitución por violar el Derecho comunitario, ya fuera para dar amparo frente a una sentencia que no haya tenido en cuenta la jurisprudencia del TJCE o no haya planteado recurso prejudicial.

En efecto, en la mayoría de los recursos de inconstitucionalidad (el caso de la Sentencia 28/1991) o de los recursos de amparo se alega una vulneración de los arts. 93 y 96 de la CE: pero este Alto Tribunal no se considera el guardián ni el intérprete del DC ni se estima competente para aplicar o hacer aplicar el DC. Declara hasta la saciedad, lo que es lógico, que su competencia se limita al control de conformidad con la Constitución. ¿Pero es que no es competente para hacer guar-

(23) STC 28/1991, de 14 de febrero (*BOE* de 15.3.1991).

(24) STC 64/1991, de 22 de marzo (*BOE* de 24.4.1991).

(25) STS de 24 de abril de 1990 (Sala 3.ª, *Aranzadi*, n.º 2747); *vid.* el comentario de Ricardo Alonso García, «Apunte sobre la progresiva integración judicial del Derecho Comunitario en el ordenamiento laboral español», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1990, p. 733.

dar la totalidad de los artículos de la CE, incluidos los art. 93 y 96, cuando no son respetados por los poderes públicos?

El TC, sin embargo, considera que ese control sobre los actos legislativos compete a los jueces y Tribunales ordinarios y al Tribunal de Justicia de las CC.EE. Ha afirmado así «que la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es, pues, una cuestión...» no constitucional «... y por lo mismo excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales». Confirma, pues, que contra una ley o una sentencia que infrinja el Derecho comunitario no caben las vías de control de la constitucionalidad.

Estas dos argumentaciones últimas son sólo relativamente correctas: el control difuso de la conformidad de la ley con el Derecho comunitario por el juez del litigio concreto es una competencia reconocida por el Derecho comunitario y exigida para garantizar el pleno efecto de la norma comunitaria. Y es la solución más práctica e inmediata en los casos concretos. Debido a que la norma comunitaria de efecto directo es obligatoria para todos —efecto objetivo—, no sólo el juez en el marco del litigio, también el órgano administrativo y los particulares deben seleccionar la norma comunitaria si es la aplicable a la relación concreta y deben excluir *sin más* la aplicación de la ley nacional, sin tener que esperar a que se derogue o modifique la disposición contradictoria o se declare su inconstitucionalidad, de conformidad con la jurisprudencia comunitaria; por ejemplo, *Defrenne, Costanzo* y *Simmenthal*.

Por otra parte, los argumentos utilizados por el Tribunal Constitucional español no son los más adecuados, ya que análogas razones podrían ser esgrimidas por el TS (no tiene competencia de control de la ley con el Derecho comunitario fundada en la Constitución) y el conjunto de la jurisdicción ordinaria.

Por ello, cabe criticar el fondo de la argumentación del TC; para D. Liñán, cabe albergar dudas sobre la pertinencia de esa posición desde la perspectiva constitucional ya que la norma interna que contraviene el DC infringe algunas disposiciones comunitarias (el art. 96 CE) y más directamente el art. 93, si bien no significa —como creemos la mayoría de la doctrina o el mismo Tribunal Supremo— que el DC forme parte del *corpus* constitucional, pero la vinculación del orden jurídico español al DC y la garantía de su cumplimiento tienen un soporte jurídico-constitucional que la posición tan radical del TC sobre la separación de los órdenes lleva a ignorar o a privar de efectividad (26). En definitiva, la posición mayoritaria sólo está de acuerdo con el TC en que un conflicto así no le apodera *en exclusiva* de competencia (el control deja de ser concentrado para ser difuso, incluso en manos de los particulares).

En efecto, el art. 96 CE contiene un mandato claro y preciso: las disposiciones de un Tratado (y, por analogía, del Derecho derivado) sólo pueden ser modificadas en la forma establecida en el Tratado; un mandato que se dirige, en primer lugar, a todos los órganos con potestad normativa exigiéndoles coherencia jurídica con las obligaciones internacionales de España; las Cortes, el Gobierno, las CC.AA., etc., vulnerarán la Constitución si aprueban normas contrarias a los Tratados de los que es parte España. En segundo lugar, el mandato se dirige a los órganos de control jurisdiccional, Tribunal Constitucional y órganos judiciales, para que, llegado el caso, controlen y sancionen las actuaciones de los poderes públicos que no se sometan a la Constitución.

La contradicción de la ley interna posterior con la Constitución no es, o no suele ser, material y sólo en ese dato se fija el TC, por lo que estima que no hay elementos de confrontación con la Constitución (así, la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y la CE son materialmente compatibles);

(26) *Op. cit.*, pp. 526-527.

ahora bien, cuando una norma legislativa contradice una norma comunitaria, se ha violado la CE en materia de distribución del ejercicio de competencias normativas.

Las consecuencias prácticas de esta doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional son las siguientes:

En primer lugar, que cuando está en vigor una ley, anterior o posterior a la norma comunitaria y contraria a ésta, los jueces podrán inaplicarla en el marco del litigio que se les somete, pero la ley seguirá en vigor y el TC no la declarará inconstitucional porque estima que una ley contraria a Derecho comunitario no implica una violación de los arts. 93 y 96 de la CE.

Esto exigirá, en muchos casos, a los ciudadanos entablar procesos judiciales para conseguir, caso por caso, con grave riesgo para su patrimonio y poniendo a prueba su paciencia y su escasa fe en la justicia española, la aplicación uniforme del Derecho comunitario. Además, exime al poder legislativo de su obligación constitucional de respetar los Tratados negándose al control de la acción normativa de las Cortes.

En segundo lugar, al negarse a controlar la conformidad del poder judicial a las obligaciones internacionales protegidas expresamente por la Constitución, no queda garantizado en España «el derecho al juez legal del Derecho comunitario» (interpretación y aplicación uniforme por el TJCE). En general, los jueces y Tribunales españoles aplican el Derecho comunitario —en términos comparativos con los jueces de otros Estados miembros— aceptablemente bien, pero ha habido algunos casos en los que han sido renuentes a solicitar la cuestión prejudicial (art. 177 TCE) y el Tribunal Constitucional se ha negado a conceder amparo cuando diversos ciudadanos han solicitado que se anulasen sentencias del órgano judicial competente en última instancia por haberse negado a plantear el recurso prejudicial ante el TJCE (27). Si bien el órgano judicial de última instancia conserva su derecho a decidir sobre la pertinencia del planteamiento, el Tribunal Constitucional se ha negado también a juzgar si, a la vista del caso, era o no pertinente el planteamiento. Igualmente se ha negado, aun habiendo jurisprudencia del TJCE, a controlar si el órgano judicial había seguido o no la doctrina del TJCE. Por ello, no es admisible que el TC estime que tampoco hay violación del art. 24.1 CE cuando un juez o Tribunal español se niega a respetar el art. 234 TCE (reenvío prejudicial, *ex* 177). La doctrina española más variada rechaza con razón tales argumentos (28).

El Tribunal Constitucional debería reflexionar sobre los importantes pasos dados en Francia (Decisión del Consejo de Estado en el asunto *Nicolo,* de 20.10.1989), en Italia por la *Corte Costituzionale* en su Sentencia de 10.11.1994, o en el Reino Unido por la *House of Lords* en su Sentencia de 3.3.1994, a fin de asegurar una tutela judicial efectiva de los particulares abocados a iniciar decenas o centenares de procesos. Son Tribunales preocupados por la tutela de los derechos de los particulares.

---

(27) En las Sentencias 111/1993, de 25 de marzo (*BOE* de 27.4.1993), y 180/1993, de 31 de mayo (*BOE* de 5.7.1993), dice que «... la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde en forma exclusiva e irrevisable al órgano judicial...» (FJ 2), renunciando a tutelar a los ciudadanos españoles en su derecho a que se compruebe si su caso ha sido examinado o juzgado de conformidad con el *juez legal del Derecho comunitario* (el TJCE o aplicada su jurisprudencia correctamente por los jueces españoles).

Vid. las justificadas críticas de Ricardo Alonso García, en las que habla de la «arbitrariedad» y la incorrección de los argumentos del TC: «La (in)aplicación judicial del Derecho Comunitario ante el Tribunal Constitucional», en la obra de M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar, *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad social,* T. XI, pp. 410-420. También las de F. J. Carrera Hernández, «La indefensión de los particulares en España ante el incumplimiento del Derecho Comunitario», en *Revista de Instituciones Europeas,* 1994-3, pp. 171 y ss.

(28) Así, R. Alonso García y J. M. Baño León, «El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el TJCE», *Revista Española de Derecho Constitucional,* 1990, pp. 193 y ss.; D. Ruiz-Jarabo Colomer, *El juez nacional como juez comunitario,* Madrid, 1993, p. 94; S. Muñoz Machado, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado,* Madrid, 1993, p. 75.

La Cámara de los Lores distingue entre la obligación del juez del litigio concreto de dejar inaplicada la ley del Parlamento (control jurisdiccional difuso, de conformidad con la doctrina *Simmenthal*) y la cuestión de importancia pública que se genera cuando una ley del Parlamento británico vulnera una norma de DC originario o derivado causando serios perjuicios a los particulares. Entonces deja de ser una mera cuestión particular que se resuelva mediante el litigio concreto y la consiguiente sentencia de inaplicación. En situaciones así (mediante un recurso que *mutatis mutandis* equivaldría al recurso de inconstitucionalidad en España), independientemente del acto de aplicación al caso concreto, la *House of Lords* ha aceptado declarar de forma abstracta y general la incompatibilidad de la ley sobre igualdad de oportunidades con las Directivas sobre igualdad de trato de trabajadores masculinos y femeninos; esa declaración general y abstracta de incompatibilidad tiene efectos *erga omnes*. No la declara inválida, sino inaplicable con carácter general, pero no fuerza, en casos especialmente graves, a los particulares a tener que conseguir la protección de sus derechos a golpe de proceso judicial.

Como ha afirmado E. García de Enterría, este contraste objetivo y fundamentado entre la ley y la norma comunitaria tiene más garantías que la simple inaplicación de la ley y produce «un saludable efecto purgativo o depurativo del ordenamiento jurídico», preferible a la «contradicción decidida por cualquier juez a la hora de la aplicación de dicha ley y que no releva a otro juez de aplicarla»; en su opinión, el sistema británico es más seguro, tiene más garantías (29). La Cámara de los Lores ya había demostrado su exquisito respeto por las obligaciones adquiridas por el Estado británico planteando —sin complejos— diversas cuestiones prejudiciales.

El ejemplo británico, como el francés y el italiano, de la declaración general y abstracta de incompatibilidad de una ley con el Derecho comunitario en situaciones de interés público debería tenerse en cuenta en España para asegurar una verdadera tutela judicial efectiva.

En definitiva, el TC español se niega a hacer respetar las obligaciones constitucionales de los poderes del Estado español en materia de Tratados.

Finalmente, la negativa del TC a erigirse en órgano que aplique o haga aplicar el DC la utiliza a conveniencia. Su jurisprudencia es errática y a discreción. Por ejemplo, es sorprendente que en dos ocasiones ha resuelto los casos planteados aplicando *directamente* normas comunitarias.

En el marco de un conflicto de competencias se planteaba si la información sobre pesas y medidas podría ir en catalán; la Constitución declara a esa lengua como lengua oficial. Pero el TC analiza las normas aplicables, que eran las comunitarias y no las constitucionales, y declara que los documentos que generan caen dentro de la esfera del DC y hace respetar el antiguo art. 240 TCE (312, tras la nueva numeración), en el que se establece que la lengua oficial de España en materia de DC es el español. No hizo guardar la CE sino el compromiso constitucional con los Tratados: es decir, aplicó el DC (30).

En un recurso de amparo interpuesto por un trabajador marroquí en España se planteaba su acceso al subsidio de desempleo. Ninguna norma constitucional, legal o convencional bilateral reconoce ese derecho a los marroquíes en España. En el curso del proceso ante el TC es el escrito de la Fiscalía el que alega que sí tiene derecho al subsidio pues el Convenio de la Comunidad Europea con Marruecos así lo prevé, convenio que jamás fue invocado por el solicitante del amparo. Y el TC, sin apenas razonamiento, sigue la muy correcta tesis de la Fiscalía del Estado y acepta aplicar una

(29) E. García de Enterría, «Un paso capital en el Derecho Constitucional británico: el poder de los jueces para enjuiciar en abstracto y con alcance general las Leyes del Parlamento por su contradicción con el Derecho Comunitario (sentencia *Equal Opportunities Commission* de la Cámara de los Lores de 3 de marzo de 1994)», en *Rev. de Instituciones Europeas*, 1994-3, p. 741.

(30) STC 236/1991, de 12 de diciembre, *BOE* de 15 de enero de 1992 (controles metrológicos).

norma no constitucional o *infraconstitucional* para dar el amparo *comunitario* (31) (desde luego, no tenía derecho a amparo *constitucional*). Sorprendente. Pero es estimulante que no siempre sea coherente con su errónea doctrina.

VII. Apreciación de conjunto

El balance es positivo en general. Naturalmente, hay luces y sombras. Las luces hay que ponerlas en el «haber» de la Constitución misma, de nuestra tradición legal, doctrinal y jurisprudencial, y de una aceptablemente buena aplicación por la jurisdicción ordinaria.

Las sombras hay que situarlas en el «debe» del Tribunal Constitucional. La jurisdicción constitucional ha hecho una criticable interpretación de la Constitución. De todas formas, habrá que esperar a su evolución. Precisamente, en materia de aplicación del Derecho comunitario por las Comunidades Autónomas ha dado un giro de 180 grados; les negó todo derecho en el desarrollo y aplicación hasta 1990. Por fin, ha salido de su error desde 1991.

Posiblemente, en el futuro podrá comprender que si bien la contradicción entre ley y Derecho comunitario no le apodera de competencia y el conflicto debe ser resuelto por el juez ordinario, en determinadas circunstancias tendrá que controlar si se han respetado los arts. 93 y 96 de la Constitución (de los que no quiere ser garante) por los poderes públicos, en especial en leyes que provocan violaciones generalizadas de los derechos de los particulares y en los casos en los que los jueces ordinarios se nieguen a recurrir sin justificación al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas («derecho al juez legal»).

Pero confiemos en que no haya que esperar otros veinte años para comprobar que el Tribunal Constitucional defiende todo el articulado de la Constitución por igual.

---

(31) STC 130/1995, de 11 de septiembre, *BOE* de 14 de octubre de 1995.

El problema resurge cuando se niega a aplicar el DC y deja en la absoluta desprotección a los ciudadanos españoles: en otro recurso de amparo se reclamaba por un trabajador español cuya vida laboral transcurrió en Alemania una pensión de invalidez permanente. Presentó los documentos y certificados médicos obtenidos en alemán; según el Reglamento 1408/71, se impone a todas las autoridades nacionales la obligación de aceptar los documentos redactados en el idioma oficial del Estado que los emite; será su facultad el hacerlos traducir, pero no del trabajador. Como la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 601) y la Ley del Procedimiento Laboral (art. 94) exigen que a los documentos redactados en cualquier idioma que no sea el castellano se acompañe su traducción, el TC estima que fue correcto por parte del Tribunal Superior de Galicia no tener en cuenta dichos documentos y desestimando la pensión, pues no hubo petición de la parte reclamante para que fueran traducidos tales documentos (STC 45/1996, de 25 de marzo, *BOE* de 27 de abril de 1996). Obsérvese que el TC se niega a dar amparo en este caso por estimar que la traducción no debe acordarse de oficio según la LEC sino a petición de parte y, en consecuencia, no anula la sentencia del Tribunal gallego que niega la pensión de invalidez en clara violación del Reglamento comunitario; pero en el caso del trabajador marroquí le aplica el propio TC una norma nunca invocada por el solicitante de amparo y sin que el amparo se pueda fundar en normas españolas. Ahora se entenderá mejor por qué creo que el TC aplica su propia doctrina a discreción.