

LA CONSTITUCION Y LA LEY ANTE EL DERECHO COMUNITARIO

(Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional español 28/1991, de 14 de febrero, sobre la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y el Acta relativa a las elecciones al Parlamento europeo)

Por ARACELI MANGAS MARTIN (*)

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA CONTRADICCIÓN ENTRE LA LOREG Y EL ACTA EUROPEA EN TORNO A LA COMPATIBILIDAD DEL DOBLE MANDATO PARLAMENTARIO NACIONAL (O REGIONAL) Y EUROPEO.—III. EL ACTA ELECTORAL COMO DERECHO PRIMARIO.—IV. LA EVENTUAL VIOLACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO POR LA LEY MISMA DE EJECUCIÓN. PLANTEAMIENTO GENERAL.—V. LA FUNCIÓN DEL ARTÍCULO 93 DE LA CONSTITUCIÓN: LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS.—VI. LA PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO Y LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 96 DE LA CE. 1. *El artículo 96 de la CE.* 2. *La inaplicación de la norma interna contraria: algunos problemas.* 3. *La exigencia por el Tribunal Constitucional de un pronunciamiento judicial interno como requisito previo a la inaplicación del DC.* 4. *El parámetro de conformidad de la norma interna de ejecución del Derecho Comunitario.*—VII. EL RECHAZO A PLANTEAR LA CUESTIÓN PREJUDICIAL.—VIII. LA REFERENCIA AL RANGO INFRACONSTITUCIONAL DEL DERECHO COMUNITARIO.

(*) Catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad de Salamanca. Directora Ejecutiva de esta *Revista*. Cátedra *Jean Monnet* de Derecho Comunitario.

I. INTRODUCCIÓN

Las relaciones de la Constitución y la ley nacional con el Derecho Comunitario siguen siendo constante objeto de reflexión y debate en todos los Estados miembros. Es ésta una cuestión plena de interés en la aplicación diaria del Derecho Comunitario, aún después de transcurridas casi cuatro décadas de integración. El principio de la primacía del Derecho Comunitario suscitó en el pasado perplejidad y en algunos casos resistencias entre los órganos administrativos y judiciales de los Estados miembros, las cuales se han ido reduciendo conforme se han ido conociendo y comprendiendo los objetivos de la integración europea. Esa «interiorización» de las normas comunitarias ha permitido familiarizarse a los funcionarios y a los jueces en la aplicación más receptiva y efectiva del Derecho Comunitario como derecho común o compartido en el espacio europeo. Pero no ha evitado dificultades frecuentes en su operatividad.

Poco a poco, también en España, se van alejando concepciones que ven en el Derecho Comunitario un derecho extraño, e incluso impuesto por autoridades lejanas. Ciertamente, no ha sido fácil para muchos funcionarios de la Administración y del poder judicial reblandecer la férrea concepción de una soberanía nacional que no admite menguas en sus máximas expresiones jurídicas: la ley y, en especial, la Constitución.

La invocación de normas comunitarias por los particulares ha sido un hecho bastante normal en el tráfico jurídico, ya se tratara de relaciones de los particulares con las administraciones públicas, ya fueran relaciones entre particulares. Una buena prueba de esa invocación relativamente frecuente es el número de litigios ante jueces y Tribunales españoles en los que las pretensiones de alguna de las partes se han fundado en normas comunitarias y aquellos han construido su sentencia en torno a argumentos de derecho comunitario cuando la controversia estaba regida por normas comunitarias (1).

(1) Puede consultarse un buen análisis de la jurisprudencia española en la crónica de D. LIÑÁN NOGUERAS y J. ROLDÁN BARBERO: «La aplicación judicial del Derecho Comunitario en España (1986-1989)», en *Revista de Instituciones Europeas*, 1989-3, págs. 885 y ss. La crónica para el período 1989-1990, aparecerá también en esta *Revista*, 1991-3.

En algunos litigios el núcleo esencial de la controversia ha sido la disparidad entre una norma nacional y la norma comunitaria y, en consecuencia, la prevalencia o primacía de la norma comunitaria para la solución del proceso. Esa contradicción ha sido también la argumentación central del recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento Vasco contra el artículo 211, apartado 2, d), y 214 de la Ley Orgánica 1/1987, de 2 de abril (que modificaba la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en adelante, LOREG) para la regulación de las elecciones al Parlamento Europeo) (2). Inevitablemente las alegaciones del Abogado del Estado y la fundamentación jurídica de esta importante sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1991 han girado sobre las relaciones «triangulares» Ley-norma comunitaria-Constitución (3). Pasemos al examen de las interesantes cuestiones colaterales y centrales que se suscitaban en este proceso.

II. LA CONTRADICCIÓN ENTRE LA LOREG Y EL ACTA ELECTORAL EUROPEA EN TORNO A LA COMPATIBILIDAD DEL DOBLE MANDATO PARLAMENTARIO NACIONAL (O REGIONAL) Y EUROPEO

El Acta relativa a la elección de los representantes en la Asamblea (hoy, Parlamento europeo) por sufragio universal directo, aneja a la Decisión del Consejo de 20 de septiembre de 1976 (4) dispone en su artículo 5 que «la calidad de representante en la Asamblea será compatible con la de miembro del Parlamento de un Estado miembro». Seguidamente el artículo 6 del Acta Electoral Europea (AEE), como la ha rebautizado abreviada y respetuosamente nuestro Tribunal Constitucional, contiene una lista de incompatibilidades entre el mandato parlamentario europeo y una serie de cargos y funciones de origen netamente comunitario (miembros de la Comisión, del Consejo, del Tribunal de Cuentas, juez o abogado general o secretario del TJCE, funcionarios comunitarios, etc.); el apartado segundo de ese artículo permite a los

(2) *BOE*, de 3 de abril de 1987.

(3) Tribunal Constitucional, sentencia 28/1991, de 14 de febrero, Pleno (Ponente, Magistrado don Jesús Leguina Villa), *BOE*, de 15 de marzo de 1991. También puede consultarse el texto completo de la sentencia en esta *Revista*, 1991-1, págs. 237-259.

(4) *BOE*, de 1 de enero de 1986, págs. 480 y ss.

Estados miembros fijar *otras* incompatibilidades de orden interno en tanto no se regulen de manera uniforme el régimen de incompatibilidades en el Acta, todavía pendiente de aprobar por el Consejo, sobre el procedimiento electoral uniforme para toda la Comunidad. Pero esa libertad transitoria de cada Estado miembro para fijar incompatibilidades y regular el procedimiento electoral no es ilimitada y deberá tener en cuenta las disposiciones del Acta de 1976 (art. 7.2): es decir, deberá tener en cuenta que el Acta permite acumular la doble calidad de parlamentario en un Estado miembro y en el Parlamento europeo (5).

Por su parte, la reforma de la LOREG llevada a cabo en 1987 para adecuar ésta al proceso electoral europeo, además de la remisión a las incompatibilidades en el plano comunitario establecidas por el

(5) Otra cuestión, muy distinta a la que intenta ceñirse este comentario, es el juicio desfavorable que merezca la acumulación de mandatos. Posiblemente las competencias del Parlamento europeo en el año 1976 permitiesen estimar que podrían asumirse ambas responsabilidades, al tiempo que parecía muy radical prohibir el régimen de acumulación obligatoria existente desde 1952 (sólo los parlamentarios nacionales podían ser diputados europeos al ser ésta una representación de segundo grado o indirecta). También, al permitir la compatibilidad se aseguraba parcialmente una buena relación con los Parlamentos nacionales.

Sin embargo, la importante tarea asumida por el PE en el marco de la cooperación legislativa instaurada por el Acta Unica Europea exige de los diputados europeos una atención intensa. Por otra parte, unas relaciones de mutua confianza y cooperación entre los Parlamentos nacionales y el PE son necesarias para el progreso de la integración europea pero su articulación institucional no tiene por qué basarse en la acumulación personal del mandato por una minoría de diputados ni éstos pretendieron ni llevaron a cabo esa función.

El PE es consciente de que el artículo 5 del Acta puede ser un obstáculo a su empeño por ofrecer una imagen de dedicación seria y responsable con capacidad de influencia en el proceso legislativo y de control político. El obstáculo es más bien teórico pues si en la anterior legislatura (1984-1989) menos del 10 por 100 de los diputados europeos acumulaban el doble mandato, en la actual es aún más insignificante. El PE mismo adoptó una Resolución el 7 de julio de 1988 (DOCE C 235 de 12 de septiembre de 1988, pág. 131) en la que se recomendaba a los Estados miembros que modificaran el citado precepto en el sentido de prohibir la acumulación, como ya es práctica interna de numerosos partidos en el uso de su poder discrecional a la hora de elaborar las listas electorales.

La modificación, en su caso, exigiría la autorización por los Parlamentos nacionales de un instrumento convencional —de derecho originario— similar al Acta de 1976—, lo que es harto improbable. Demasiado gasto para tan escaso resultado. Sin embargo, este inconveniente podría salvarse incluyendo la propuesta de 1988 en el conjunto de reformas que estudia la Conferencia Intergubernamental en la actualidad.

AEE, declara incompatible con el carácter de diputados al PE a «quienes sean miembros de las Cortes Generales» y a «quienes sean miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas» [art. 211.2, c) y d)] (6).

Desde la aprobación de esta reforma de la LOREG comenzó a suscitarse el debate sobre la disparidad entre ambos textos normativos, especialmente a raíz de la interposición de un recurso de inconstitucionalidad por el Parlamento Vasco contra el artículo 211.2, d), entre otras disposiciones impugnadas, por infringir el artículo 5 «de la Decisión 76/787/CECA, CEE, Euratom del Consejo de la Comunidad Europea» y los artículos 93, 96.1 y 9.1 de la Constitución (7). Limitando ahora el análisis a la posible infracción del artículo 5 del Acta (no de la Decisión), el debate tiene dos planos interrelacionados entre sí. De un lado, el plano jurídico-formal señala la existencia de una notoria contradicción entre lo establecido por el artículo 5 del Acta (que ciertamente no distingue entre parlamentarios nacionales y regionales) y lo dispuesto por el artículo 211.2, c) y d) de la Ley.

De otro, el plano del derecho flexible, que en palabras de J. Elizalde, aceptando el carácter transitorio que inspiran estos preceptos del AEE, permite estimar que el artículo 5 «admite, pues, que los integrantes del PE formen parte de los Parlamentos nacionales, si así lo disponen los Estados miembros en el actual régimen electoral “transitorio”, pero que tal ordenamiento *no se opone* tampoco a que aquellos

(6) El recurso del Parlamento Vasco se limita, en este punto, a impugnar el párrafo d) relativo a la incompatibilidad del mandato europeo con el mandato regional y no con el mandato nacional (a Cortes Generales) pues es aquella incompatibilidad la que incide en la situación jurídica de los miembros del Parlamento Vasco y para lo que tenía un innegable interés jurídico. El Tribunal Constitucional ha reconocido una amplia legitimación activa a las Comunidades Autónomas señalando «que la esfera de interés de la Comunidad Autónoma que justifica su legitimación no se identifica con la defensa de sus competencias», vinculando esa amplia legitimación con el carácter del recurso de inconstitucionalidad como «instrumento al servicio de la depuración objetiva del ordenamiento» (F.J. 3).

(7) Esta *Revista de Instituciones Europeas* acogió ese debate invitando al Letrado del Parlamento Vasco, que ostentó la representación de éste en el litigio ante el Tribunal Constitucional, JUAN CARLOS DA SILVA OCHOA, a exponer sus argumentos en su trabajo «La legislación española sobre elecciones al PE: la cuestión del doble mandato», *RIE*, 1988-2, págs. 485-500; también fue invitado a exponer sus tesis contrarias JOSÉ ELIZALDE: «El régimen electoral del PE: ¿Quiebra en la primacía del Derecho Comunitario?», *RIE*, 1989-3, págs. 809-836.

Estados miembros que lo deseen restrinjan tal compatibilidad (incluso al supuesto, no contemplado directamente por el Acta, de los Parlamentarios *regionales*), (8). La interpretación hecha por Elizalde sobre las «convenciones establecidas por las propias instituciones» (la Resolución citada de 7 de julio de 1988 y la práctica de prohibir la acumulación en el seno mismo de los partidos políticos) y su efecto, una mutación constitucional del Derecho primario vigente, es muy sugerente. Pero causa perplejidad e inseguridad admitir una mutación constitucional contra *legem* y es dudoso que ésta haya inspirado al legislador español (9). Es bien sabido que cuando se redactó la Ley en esos términos se hizo en función de intereses políticos tendentes a evitar que determinadas personalidades de partidos de centro y nacionalistas, diputados a su vez en las Cortes Generales, encabezasen las listas de sus partidos al PE.

Así pues, el problema no sólo es de mera opinión política sobre la conveniencia o no del doble mandato sino de las interpretaciones posibles de los artículos 5, 6 y 7 del AEE y de su compatibilidad con el artículo 211 de la Ley española. Es bien sabido que la prohibición establecida por la legislación española no es la única y que esa antinomia también tiene lugar en la legislación belga y griega. Sin embargo, la Comisión no ha iniciado respecto de cada Estado miembro (Bélgica, Grecia, España) las acciones encaminadas al procedimiento por incumplimiento del artículo 169; es verdad que la Comisión goza en esta materia de poder discrecional y que conocidas y frecuentes infracciones (10) al Derecho Comunitario no conmueven al Servicio Jurídico de la Comisión, porque seguramente hay otras infracciones de mayor transcendencia (económica, social o política) que desbordan a sus cualificados funcionarios. Desde luego, hay que reconocer que la disparidad entre el artículo 5 del AEE y algunas legislaciones electorales nacionales

(8) *Loc. cit.*, págs. 826-827 (subrayado en el original).

(9) *Ibidem*, pág. 825.

(10) A título de ejemplo, en las pasadas elecciones sindicales celebradas durante 1990 en España (en empresas y en la Administración Pública) de hecho raramente se permitió a ciudadanos de los Estados miembros de la Comunidad contratados en el sector privado y público el derecho de sufragio activo y pasivo y cuando salieron elegidos por sorteo para formar parte de las Mesas electorales fueron excluidos por ser extranjeros. Esta práctica es contraria al artículo 48 CEE.

es una cuestión (no un problema) muy secundaria y la rebeldía de éstas no es frente a la primacía del Derecho Comunitario.

El recurso del Parlamento Vasco también se basaba en la inconstitucionalidad, a su entender, de otro precepto de la LOREG (art. 214) relativo a la circunscripción única. En este punto no se plantea incompatibilidad con ninguna norma comunitaria sino directamente con la Constitución y su sistema autonómico. El AEE nada establece sobre el procedimiento electoral y es por tanto una cuestión regida plenamente por el derecho interno en tanto no se adopte por el Consejo de la Comunidad (mediante la correspondiente Decisión y Acta) un procedimiento electoral uniforme.

III. EL ACTA EUROPEA COMO DERECHO PRIMARIO

Ciertamente, no es cuestión decisiva en la controversia sobre la disparidad entre los dos órdenes jurídicos ni modula la primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho interno el hecho de que tanto el Parlamento Vasco en su recurso [Antecedentes, 1, A)] como el propio Tribunal Constitucional calificaran al Acta Electoral Europea como un acto de derecho derivado. Pero no se puede pasar por alto esa errónea calificación siendo el AEE real y formalmente derecho originario. Es evidente que les llevó al equívoco la denominación de «Decisión» y no se preocuparon de averiguar la naturaleza compleja de la Decisión y del Acta.

Tanto el Parlamento Vasco como el Tribunal Constitucional incurren en error al considerar que el Acta Electoral aneja a la Decisión, por ser aneja a ésta, es Derecho derivado cuya recepción se produjo en virtud del artículo 2 del Acta de Adhesión; para el Parlamento Vasco el Derecho nacional no puede derogar ese artículo 5 que autoriza el doble mandato «porque las Decisiones no son normas dispositivas, según claramente se deduce del tenor literal del artículo 189 del Tratado constitutivo de la CEE y los artículos concordantes de los Tratados CECA y Euratom» (punto 1, A) de los Antecedentes). También, la confusión del Tribunal Constitucional se manifiesta cuando cita los artículos 2, 3, 4 y 5 del Acta relativa a las condiciones de la adhesión de España para referirse al carácter vinculante de los actos adoptados por

las instituciones comunitarias con anterioridad a la adhesión (fundamento jurídico núm. 4).

Los Tratados fundacionales de las tres Comunidades preveían en esta materia relativa a la elección del PE (arts. 21.3 CECA, 138.3 CEE y 108.3 CEEA) su propia evolución de un sistema de «delegados que los Parlamentos habrán de designar de entre sus miembros» (apartado 1) a otro por sufragio universal directo. La iniciativa para la elaboración del proyecto normativo se confiaba al PE y su aprobación al Consejo, por unanimidad, sin prever el tipo normativo en tanto que acto del Consejo, y exigiendo además el *acuerdo* de los Estados de conformidad con sus respectivas normas constitucionales. No bastaba, pues, la «decisión» unánime del Consejo, como Institución comunitaria; se distinguía con razón entre el Consejo-institución comunitaria y los Estados miembros («el poder constituyente») que forman esas Organizaciones internacionales. La Decisión significaba que dicha elección era y es, jurídicamente, el cumplimiento de un compromiso que ya se preveía en los Tratados. Se deseaba subrayar que era un desarrollo normativo previsto en el marco de un proceso dinámico y gradual.

Pero esa Decisión es un acto *sui generis* o atípico y no se enmarca en la tipología del artículo 189.4 CEE; además, la entrada en vigor de la Decisión se hizo depender de su «ratificación por cada uno de los Estados miembros conforme a sus reglas constitucionales respectivas» (autorización por los Parlamentos nacionales). Así pues, el Acta, que contiene todas las disposiciones de fondo, es un *acuerdo internacional* sujeto a la prestación del consentimiento por cada Estado que, además de ejecutar las previsiones de los tratados fundacionales, modifica algunas disposiciones de los mismos y como tal Tratado se integra con el resto de los Tratados que han modificado o completado los fundacionales.

Los Tratados, además de la revisión regulada por los artículos 96 CECA, 236 CEE y 204 CEEA, permiten ciertas modificaciones excepcionales en virtud de disposiciones especiales como son las modificaciones previstas en el artículo 201 CEE (Decisión de 21 de abril de 1970) relativas al régimen de financiación de las Comunida-

des (11); este precepto, como el artículo 138 CEE y concordantes, son modificaciones previstas por los Tratados y sujetas a un procedimiento particular distinto de la revisión (art. 236 CEE). Ahora bien, el texto acordado por este procedimiento excepcional tiene el mismo valor como Tratado constitutivo o Derecho originario (12). El AEE es, sin duda, derecho originario o primario y no derecho derivado.

IV. LA EVENTUAL VIOLACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO POR LA LEY MISMA DE EJECUCIÓN. PLANTEAMIENTO GENERAL

Las escasas argumentaciones del Parlamento Vasco, que aparecen en los Antecedentes de la sentencia, se limitan a señalar que estiman que el artículo 211.2, d) de la LOREG infringe el artículo 5 de «la decisión» del Consejo «y, por consecuencia necesaria, los artículos 93, 96.1 y 9.1 de la Constitución». Para el Parlamento Vasco «el elenco de causas de incompatibilidad» de carácter interno que pueden añadir los Estados miembros «encuentra su límite en el propio artículo 5, que expresamente permite el doble mandato». Se resumen de forma muy simple los preceptos constitucionales citados. Así, del artículo 93 de la Constitución se señala únicamente una de sus diversas funciones (garantía del cumplimiento del Derecho comunitario). Una vez que se afirma la naturaleza imperativa del artículo 5 AEE, «procede concluir que no resulta lícito para las Cortes Generales proveer una regulación del régimen de incompatibilidades que contradiga dicho artículo 5», por lo que en opinión del Parlamento Vasco el artículo 211 de la LOREG «aparece viciado de inconstitucionalidad por infracción de los artículos 93, 96.1 y 9.1 de la CE» (Antecedentes, 1, A).

(11) Los Tratados prevén también un sistema de modificaciones «autónomas» que pueden ser acordadas por las Instituciones mismas: artículos 14.7, 33.8 ó 165.4; y sin olvidar el importante mecanismo de la denominada «pequeña revisión» del artículo 95 CECA

(12) Precisamente por ser el AEE Derecho originario o primario aparece publicada en el *BOE* de 1 de enero de 1986 (págs. 480 y s.) entre el conjunto de Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas a los que se adhirió España. Es bien sabido que está prohibida la publicación del Derecho derivado en el *BOE* o publicaciones oficiales internas similares. Por otra parte, doctrinalmente es una cuestión elemental que no se discute. Vid., entre otros, J. VERGES: *Le droit de la CEE*, (dir. por J. Mégret), vol. 9, éd. de l'Université de Bruxelles, 1979, págs. 38 y ss., en especial pág. 42.

De la argumentación de la parte actora parece deducirse que se trataría de una inconstitucionalidad directa e inmediata que hace del Tribunal Constitucional el único órgano competente para eliminar la contradicción.

Por el contrario para la Abogacía del Estado, representando al Gobierno, deducir de esa contradicción infracción de la Constitución «es claramente inadmisibile, porque desconoce lo específico de la noción de inconstitucionalidad como fundamento de un pronunciamiento declarativo de este Tribunal». Sigue señalando que entonces se transformaría el Derecho derivado (también la Abogacía del Estado ignora la verdadera naturaleza de Derecho primario del AEE) en parámetro o medida de constitucionalidad (Antecedentes, 4, B).

El Tribunal Constitucional califica la inconstitucionalidad invocada por la parte actora, en el caso de que aceptara esa calificación, como mediata o indirecta; entiende también el Tribunal que en ese caso el AEE se convertiría «en medida de enjuiciamiento constitucional de la validez de la norma impugnada» integrando «el corpus constitucional aplicable al caso», por lo que acaba rechazando incluso que la LOREG haya afectado «ni siquiera indirectamente» a la Constitución (FJ 4) y decide desestimar el recurso.

Pero hay algunas afirmaciones de la Abogacía del Estado y del propio Tribunal que suscitan algunas dudas especialmente por su empeño en cortar toda relación entre las normas comunitarias y la Constitución (arts. 93 y 96). Igualmente, el Tribunal Constitucional no tiene en cuenta (tampoco la Abogacía del Estado) la especial naturaleza jurídica de una norma interna (en este caso, una Ley) de ejecución de una norma comunitaria y su vinculación causal y sustantiva con ésta y no con la Constitución. En definitiva, no disiento del fallo pero sí de la fundamentación jurídica del Tribunal Constitucional y de las alegaciones del Abogado del Estado. En relación con la parte actora, se equivocó de medio de defensa. La defensa contra la LOREG debió ser asumida (y todavía podría ser asumida en futuros procesos electorales internos o europeos) por los diputados regionales (o nacionales o europeos) afectados y ante la vía administrativa (Junta Electoral) y, en su caso, contencioso-administrativa, en definitiva ante la jurisdicción ordinaria.

V. LA FUNCIÓN DEL ARTÍCULO 93 DE LA CONSTITUCIÓN: LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

El sentido y el alcance del artículo 93 de la CE no ha sido suficientemente glosado por el Tribunal Constitucional. Desde luego, no ha tenido en cuenta su peculiar función como *lex specialis* en la Constitución, como afirmaron Casanovas y La Rosa y González Casanova (13). El Tribunal Constitucional deduce de foma algo superficial un triple contenido cuya descripción se realiza dividiendo en tres frases la redacción literal del artículo 93. No se plantea una reflexión seria en relación con uno de los contenidos que mecánicamente apunta, cuando dice que son tratados «por los que se atribuye a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución» (FJ 4). Sin embargo, aunque acepta que ese artículo 93 constituye el fundamento último de la vinculación de España «al Derecho de las Comunidades Europeas» y llega a decir que los Tratados y los actos de las Instituciones obligan al Estado español, no extrae consecuencia jurídica alguna de la noción de «vinculación» o de esa afirmación de que «obligan al Estado».

Si cada disposición de los Tratados y de los actos de las Instituciones obligan al Estado, obligarán a las Cortes, al Gobierno, a las Comunidades Autónomas, ...; y obligarán a algo, por ejemplo, a no aprobar leyes u otras disposiciones contrarias a cuestiones ya ordenadas por normas comunitarias. Obligarán también a los jueces y Tribunales, y al Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional ni es independiente del Estado ni tampoco de la Constitución. Ciertamente, el Tribunal Constitucional no es el garante de la conformidad del Derecho Comunitario derivado ni asegura la interpretación y la aplicación de los Tratados. El Tribunal Constitucional debe garantizar el respeto de la Constitución, la cual acepta y protege la atribución de competencias de las Instituciones internas (o competencias nuevas) en favor de las Instituciones comunitarias y, además, taxativamente establece que las disposiciones de un Tratado sólo pueden ser modificadas o derogadas por otro tratado y no por Ley u otra disposición interna.

(13) J. A. GONZÁLEZ CASANOVA y O. CASANOVAS Y LA ROSA: «Phénomène régional et integration», *L'Espagne et les Communautés Européennes*, Bruxelles, 1979, pág. 129.

Pero lo reseñable es que el Tribunal Constitucional confirma que el artículo 93 constituye el fundamento de la vinculación de España a las Comunidades Europeas; luego, no es un precepto irrelevante a la hora de analizar o determinar si los actos de las Instituciones nacionales (una Ley de Cortes, un Decreto del Gobierno, ...) han respetado la distribución de competencia entre el Estado y las Comunidades europeas ejerciendo derechos de soberanía que ya no competen más el legislador español sino a las Instituciones comunitarias. Lo incomprensible de esa afirmación es que diga que la disposición que vincula al Estado (¿qué significado jurídico tendrá para el TC el verbo «vincular» y el sustantivo «Estado»?) «no resulta afectada por la eventual disconformidad en que pueda incurrir la legislación nacional —estatal y autonómica— respecto del ordenamiento comunitario» (FJ 4).

No estaba mal enfocada una sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1990 cuando decía que las normas nacionales «posteriores contrarias» que se opongan al DC «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» (14). En efecto, no es desacertado hablar de incompetencia para aprobar normas incompatibles, al menos en ciertos casos de competencia exclusiva comunitaria realmente ejercida. Esa noción subyace en la afirmación del TJCE en la sentencia *Simmenthal* cuando declara que la vigencia de las disposiciones de los Tratados y los actos de las Instituciones directamente aplicables tienen por efecto «... impedir la adopción válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que éstos fueran incompatibles con normas comunitarias» por lo que «reconocer una eficacia jurídica cualquiera a actos legislativos nacionales que invaden el ámbito en el que se ejerce el poder legislativo de la Comunidad, o incompatibles de cualquier otro modo con las disposiciones del derecho comunitario, equivaldría a negar, en consecuencia, el carácter efectivo de compromisos incondicio-

(14) *Aranzadi*, 2747. En relación con esta sentencia del Tribunal Supremo (contencioso-administrativo) comparto con RICARDO ALONSO GARCÍA que esa calificación de inconstitucionalidad vinculada al parecer a una atribución inicial de competencia al Tribunal Constitucional es criticable (vid. de ese autor «Apunte sobre la progresiva integración judicial del Derecho Comunitario en el ordenamiento laboral español», en *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo*, 1990 (oct.-dic.), pág. 733.

nales e irrevocablemente asumidos por los Estados miembros, en virtud del Tratado, y pondría así en tela de juicio las bases mismas de la Comunidad» (15).

El artículo 93 de la CE no es un precepto exclusivamente «de índole orgánico-competencial», como afirmara el Tribunal Constitucional, que «se limita a regular el modo de celebración de una determinada clase de Tratados internacionales» (FJ 4). Extraña esa superficial y contradictoria calificación del precepto que es el fundamento de la obligatoriedad para España de miles y miles de normas comunitarias. El artículo 93 no se aprobó por el constituyente español sin una razón profunda para establecer un procedimiento especial de autorización parlamentaria: la razón profunda es que todo Estado que desee ser miembro de las Comunidades Europeas debe adoptar las disposiciones necesarias en su Constitución para que las normas comunitarias desplieguen plena y absoluta eficacia sin obstáculos jurídicos de ninguna clase reconociendo todo Estado miembro en su propia Constitución la competencia normativa de las Comunidades Europeas, con todas sus consecuencias, en sustitución de los órganos de soberanía nacional. No es casualidad que disposiciones similares o con la misma finalidad se encuentran en todas las Constituciones de los doce Estados miembros, en todas sin excepción. Es la condición *sine qua non* para poder ser Estado Miembro de las Comunidades. Por ello se debatió y se aprobó con pleno conocimiento del vaciado competencial que supondría la adhesión de España a las Comunidades.

El Tribunal Constitucional, en una de cal y otra de arena, llega a comprender, a pesar de afirmar que es un precepto «limitado» a lo procedimental (mayoría absoluta frente a la mayoría simple de otros Tratados), que únicamente los Tratados que siguen ese procedimiento deberán ser confrontados con dicho precepto en un juicio de constitucionalidad. Desde luego, sin la profundidad y envergadura de ese precepto una buena parte de las normas comunitarias vulnerarían la Constitución usurpando competencias a nuestras más Altas Instituciones. Así pues, todo problema de compatibilidad de los Tratados comunita-

(15) Sentencia de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, 106/77, págs. 643-644, fundamentos 17 y 18. Algunos párrafos como éstos tan significativos se echan en falta en la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional, párrafos cuya expresa cita hubieran permitido creer que el TC hace suya, sin reparos, la doctrina *Simmenthal*.

rios con la Constitución deberá ser juzgado desde la *lex specialis* que es el artículo 93 y al Tribunal constitucional corresponderá decir si algún precepto o el conjunto de los Tratados (o de nuevos Tratados comunitarios) no se encuentra comprendido entre las atribuciones del ejercicio de competencias que contempla la Constitución o si la exigencia misma de primacía de cualquier norma comunitaria sobre toda norma interna hace inconstitucional la adhesión misma a las Comunidades Europeas. Pero que se diga pronto y claramente. Las ambigüedades pueden dañar la aplicación efectiva y más que sensata que vienen haciendo los jueces y Tribunales en España.

También el Abogado del Estado se refiere al artículo 93 con cierta indiferencia al decir que «no es más que una norma para habilitar la atribución del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, regulando el procedimiento para ello» (16). Por el contrario, *nada menos* que habilita a las Cortes para autorizar tratados y al Gobierno para manifestar el consentimiento de España en ser Parte de Tratados por los que se autoriza a Organizaciones internacionales a que *ejercen una parte de nuestra soberanía* (del Rey, de las Cortes, del Gobierno, del Tribunal Constitucional, de las Comunidades Autónomas, etc.).

(16) Algunos párrafos de las alegaciones de la Abogacía el Estado en relación con el artículo 93 son afirmaciones gratuitas jurídicamente y provocadoras políticamente para las Comunidades Autónomas. Así, dice que «corresponderá a este Tribunal apreciar, por ejemplo, si una determinada actuación legislativa de las Cortes viola una competencia autonómica o puede ampararse en el artículo 93 CE» (Antecedentes, 4, B). Se parte de supuesto de que el cumplimiento (desarrollo normativo y ejecución) del DC compete a las instituciones centrales del Estado quedando desapoderadas las CCAA, cualesquiera que sean las competencias materiales asumidas por éstas en sus Estatutos de Autonomía, en una interpretación absurda del párrafo segundo del artículo 93 y contraria al artículo 2 de la CE que garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones. Estima que aquel párrafo añade «una atribución específica de competencia de garantía» en favor de las Cortes o el Gobierno de la Nación por lo que sólo éstos pueden desarrollar y ejecutar el derecho comunitario. No me voy a extender en la merecida crítica a éstas y otras opiniones de la Abogacía del Estado porque ya la he hecho en otro momento: A. MANGAS MARTÍN: «La aplicación del Derecho comunitario por las Comunidades Autónomas», en *Relaciones internacionales y Comunidades Autónomas*, Generalitat de Catalunya, 1990, págs. 61 y ss.

El TC estuvo más preciso y acertado reconociendo que esa previsión de cumplimiento no prejuzga la distribución territorial de competencias en orden a dicha ejecución (FJ 4).

La adhesión de España a las Comunidades Europeas ha consumado esa previsión del artículo 93 y las competencias atribuidas son las concretadas en la quincena de instrumentos convencionales que forman el derecho originario (en el que se funda el derecho derivado). Ciertamente, la soberanía, de la que es titular el pueblo español (y no las Cortes o el Tribunal Constitucional o el Gobierno...), no se transfiere a las Comunidades Europeas. El pueblo español sigue siendo plenamente soberano; quienes soportan las consecuencias de la transferencia son «los poderes del Estado» que ejercían sus competencias en nombre del pueblo español y por atribución suya. Pero los órganos internos no son los titulares de la soberanía, hasta el punto de que el pueblo español en el acto constituyente ha previsto la eventualidad, realizada desde el 1.º de enero de 1986, de que las competencias atribuidas por el pueblo español a las Cortes, al Gobierno, a las Comunidades Autónomas, etc., puedan ser atribuidas a su vez a Instituciones internacionales mediante el procedimiento establecido en el artículo 93, produciéndose la correlativa sustitución en el ejercicio de la competencia nacional en esos concretos ámbitos regulados por las Comunidades.

Es evidente que la adhesión de España a las Comunidades Europeas ha producido un vaciado —parcial, eso sí— de la Constitución en los ámbitos regulados por los Tratados o ha establecido obligaciones nuevas. En esos ámbitos materiales no se aplica la Constitución: por ejemplo, normas que serían de la competencia material de las Cortes ya no son aprobadas por éstas o bien las Cortes han actuado como un órgano de ejecución de directivas cuyas principales opciones fueron aprobadas por la Comisión o por el Consejo; para la elaboración de esas disposiciones comunitarias no rigen las normas constitucionales sobre procedimiento legislativo, ni sobre promulgación y publicación en el *BOE*, ni sus efectos jurídicos son los establecidos en nuestro orden interno para las leyes y otras normas jurídicas ni los medios de control judicial son los mismos. La elaboración, aprobación, publicación, efectos y medios de impugnación de los reglamentos, directivas y decisiones se rigen por los Tratados y no por la Constitución española u otras normas internas. Esto es lo que constituye la autonomía del Derecho Comunitario (en adelante, DC).

Sin el artículo 93 no se podría entender constitucionalmente que nuestros jueces y Tribunales puedan o tengan que plantear, según los casos, cuestión prejudicial al TJCE (art. 177 CEE) y seguir su sentencia;

o que el Tribunal Constitucional pueda conocer y anular en recurso de amparo una sentencia de un Tribunal español que no respete la sentencia del TJCE o su jurisprudencia.

Pero esa autonomía respecto del orden jurídico interno no significa que sean dos órdenes jurídicos totalmente separados e inconexos. Desde luego, están muy relacionados pues ambos ordenamientos tienen unos mismos destinatarios, y el DC se aplica directamente en el sentido de que puede ser invocado y exigido su cumplimiento *ante y por* la autoridad interna competente (administraciones públicas, jueces) e igualmente puede ser invocada y exigida en las relaciones entre particulares (normas de efecto directo). Y esa aplicación en las relaciones verticales y horizontales se impone aún rigiendo una norma nacional con un contenido contrario, la cual quedaría inaplicada o apartada. Es bien sabido que el DC se integra en el orden jurídico de cada Estado miembro en el sentido de que se aplica junto al Derecho nacional, coexistiendo ambos órdenes jurídicos y conservando el DC su especificidad, su autonomía.

En fin, creo que cuando se trata de una norma interna especial y exclusivamente introducida para desarrollar o ejecutar una obligación comunitaria, su eventual disconformidad, aunque en modo alguno apodera de competencia al Tribunal Constitucional para eliminarla, afectará por lo menos indirectamente a la atribución de competencias que contempla el artículo 93 de la CE.

VI. LA PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO Y LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 96 DE LA CE

1. *El artículo 96 de la CE*

Algunas afirmaciones del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) sobre el artículo 96 CE son muy discutibles y, en mi opinión, poco conformes con la Constitución misma. Esas afirmaciones afectan no sólo a la jerarquía del DC sino, en general, a la jerarquía misma de cualquier Tratado internacional.

El TC vuelve a reiterar que el DC no integra «en virtud del artículo 96.1, el canon de constitucionalidad bajo el que han de examinarse las leyes del Estado español» (FJ 5). Pero el TC no está acertado cuando al rehusar, justificadamente, el control de constitucionalidad de una

ley —la competencia de control— por violación de una norma comunitaria considera que no hay infracción a la Constitución (al art. 93 y al art. 96). Una cosa es que el respeto a la primacía del DC (de cualquier Tratado) no tenga por qué garantizarse en el marco del control de la constitucionalidad de las leyes y otra bien distinta es que esa ley eventualmente contraria es inválida en el ámbito de una relación jurídica de DC.

Si un órgano de control constitucional rehusa garantizar la primacía del DC (y se comprende y está justificado como también ha sucedido en otros Estados miembros), entonces reconoce algo que es trascendental: que todo órgano judicial (y administrativo) puede «censurar» al legislativo y paralizar los efectos de una ley salvaguardando el mandato contenido en el artículo 96 de la CE (o el art. 55 de la Constitución francesa, etc.) para evitar que se produzca «denegación de justicia» (17).

Yves Galmot dice, siguiendo una corriente mayoritaria, «que parece harto difícil afirmar que una ley contraria a un Tratado no es sin embargo contraria a la Constitución, siendo así que el artículo 55 [de la Constitución francesa] obliga al legislador francés a respetar los compromisos internacionales válidamente contraídos por Francia» (18). Pero cuando el legislador viola el precepto constitucional que le obliga a respetar los Tratados válidamente celebrados, el control de constitucionalidad no obedece al sistema general sino que todos los órganos del Estado dispensarán especial protección al Tratado.

La voluntad del constituyente español es que las disposiciones directamente aplicables del Tratado (y derecho derivado) deben ser aplicadas sin que una ley posterior (o norma reglamentaria) en vigor pueda modificarlo o derogarlo. El artículo 96 impide a cualquier autoridad interna modificar o derogar un Tratado (o una norma comunitaria)

(17) YVES GALMOT: «El Consejo de Estado francés y el control de la conformidad de las leyes a los Tratados», *Revista de Instituciones Europeas*, 1990-1, pág. 16. El texto íntegro traducido de la sentencia del Consejo de Estado francés de 20 de octubre de 1989, asunto *Nicolo*, y las Conclusiones del Comisario del Gobierno pueden verse en esta *Revista*, 1989-3, págs. 1015 y ss.

(18) *Loc. cit.*, pág. 22. El artículo 55 de la Constitución francesa dice así: «A partir del momento de su publicación, los Tratados o Acuerdos válidamente ratificados o aprobados gozarán de un rango superior a la ley, a reserva, respecto a cada Acuerdo o Tratado, de que sea aplicado por la otra parte».

en vigor. El Tribunal Constitucional trata de minimizar la voluntad del constituyente diciendo que los Tratados no reciben del artículo 96 más que «fuerza pasiva»: sí, pero, por sentido común, de esa «fuerza pasiva» o fuerza de resistencia a la ley posterior, los Tratados (el DC) reciben así de la Constitución una jerarquía superior a la ley. El Tratado o el DC ciertamente no es el parámetro de constitucionalidad para controlar la ley, sino la Constitución misma de la que no se debe ni se puede excluir el artículo 96.

Es evidente que las Cortes infringen la Constitución (el art. 96) cuando aprueban una ley contraria a un Tratado en vigor del que sea Parte España, como también la vulneran cuando aprueban una ley contraria a otras disposiciones constitucionales. Pero la diferencia entre uno y otro caso, como ha observado el consejero de Estado y antiguo Juez del TJCE, I. Galmot, es que por voluntad del constituyente, aunque resulte extraño, refiriéndose al similar sistema francés, «los Tratados quedan mejor protegidos que la propia Constitución frente a su vulneración por el poder legislativo (ya que todos los jueces franceses podrán controlar en todo momento la conformidad de una Ley con el Tratado, mientras que la conformidad de una Ley con la Constitución sólo podrá ser examinada bajo condiciones mucho más restringidas)» (19).

El artículo 96 de la CE es un mandato que se dirige, en primer lugar, a *todos* los órganos con potestad normativa y reglamentaria exigiéndoles coherencia jurídica con la obligaciones internacionales de España: coherencia entre la actividad interna y externa del Estado. El TC debió meditar sobre el más viejo principio general de Derecho y el más aceptado por toda la Comunidad Internacional. Un principio que en todas las lenguas del mundo se enuncia el latín: *Pacta sunt servanda*. El respeto a la palabra dada se ha codificado en el artículo 26 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Ahora bien, esa vulneración del artículo 96 no conduce a atribuir la competencia de control de constitucionalidad al TC pues no solucionarían la exigencia de aplicación directa e inmediata, es decir, efectiva, del DC. Por eso no hay que esperar hasta su eliminación por el Tribunal Constitucional ni esperar a que el propio órgano infractor enmiende su ilícito. Del fundamento jurídico quinto de la sentencia del

(19) *Loc. cit.*, pág. 28.

TC sólo merece tenerse en cuenta su justificado rechazo a convertir en «litigio constitucional» —de competencia del TC— la eventual infracción de la legislación comunitaria por una ley interna. Pero ha sido una excelente ocasión perdida para deslindar, de un lado, la superior jerarquía de los Tratados y del DC y la calificación de vulneración de la Constitución por una ley contraria a un Tratado que tenga un ámbito de aplicación personal y material coincidente y, de otro, el impropio control de constitucionalidad de dicha ley.

2. *La inaplicación de la norma interna contraria: algunos problemas*

Ya desde la sentencia *Costa c. ENEL* de 1964 (20) el Tribunal de Justicia de las Comunidades ha venido reiterando en decenas de asuntos que la inaplicación de la ley nacional contraria a la norma comunitaria es la solución inmediata cada vez que se plantee en un Estado miembro un conflicto de ese género. Se trata sencillamente de aplicar la norma comunitaria a la relación jurídica en cuestión sin prejuzgar la situación jurídica de la norma nacional. Cuando los particulares invocan una norma comunitaria de efecto directo en una situación jurídica regida por el Derecho comunitario el deber de *toda* autoridad en el marco de sus competencias es proteger los derechos conferidos por la norma comunitaria sin plantearse ante el caso concreto, pues no es su competencia, la eliminación de la ley nacional (mediante derogación o, en su caso, declaración de inconstitucionalidad). Así pues, no se podrá condicionar la inaplicación de la ley interna a los procedimientos citados para la eliminación general de la disposición ni tampoco condicionar la primacía de la norma comunitaria a la existencia de una sentencia del TJCE que constate la infracción del Estado al adoptar esa ley (vía arts. 169-170 CEE) o que ponga de relieve la incompatibilidad (vía art. 177 CEE).

La inaplicación de la norma nacional resuelve la primacía del Derecho comunitario en el caso concreto para el particular afectado, aunque hay que reconocer que dado el mimetismo que todavía produce la norma nacional, le obligará en muchos casos a tener que entablar

(20) TJCE, sentencia de 15 de julio de 1964 (*Costa c. ENEL*, 6-64), Rec., págs. 1141 y ss.

un proceso frente a otro particular o frente a las Administraciones públicas para conseguir la aplicación de una norma comunitaria después de años de litigación y soportando graves quebrantos en su patrimonio económico aun en el caso de que obtenga sentencia a su favor.

Ahora bien, la eliminación de la norma nacional tampoco es la solución general a la disparidad y en muchos casos habrá que modular los ámbitos de aplicación de una y otra norma. Cuando la norma nacional puede aplicarse a otras situaciones (o puramente internas sin relación con una situación regida por los Tratados o aplicable también a nacionales de terceros países sin vinculación jurídico-convencional con la Comunidad) no tiene por qué eliminarse, aunque deberá clarificarse su ámbito de aplicación en la propia norma interna. Así, se hará constar que su aplicación excluye o incluye, según los casos, a nacionales de los Estados miembros o a situaciones regidas por norma comunitaria, de modo que pueda fácilmente por cualquier autoridad o particular (empresario, etc.) no exigirse determinados requisitos cuando se plantee una situación de derecho comunitario.

Pero cuando una norma nacional tiene como exclusiva finalidad adaptar una norma comunitaria y sus disposiciones sólo rigen para una situación regulada por norma comunitaria (como es la L.O. 1/1987 para elecciones al Parlamento europeo, cuyo artículo 211 que no tiene ninguna otra vigencia para otro tipo de elecciones o situaciones), entonces la inaplicación, si fuera considerada incompatible, es sólo una solución mínima e insuficiente para resolver un caso concreto, que no excluye otras soluciones de carácter definitivo. La inaplicación será el resultado del «calvario» administrativo y previsiblemente judicial al que se verá obligado todo particular que invoque en su favor una norma comunitaria.

En relación con el AEE éste sería el caso del diputado a Cortes o a una Asamblea Autonómica cuyo partido político desee que también se presente a las elecciones al Parlamento Europeo (o viceversa). Si la Junta Electoral Central rechaza la candidatura, contra ese acto administrativo deberá recurrir directamente en contencioso electoral ante el Tribunal Supremo (art. 225 LOREG). Aunque pueda resultar reiterativo, la prevalencia de la norma comunitaria obliga también a los órganos administrativos que deberán proteger los derechos fundados en una norma aplicable a la situación planteada aunque ello le obligue a no tener en cuenta la ley o disposición reglamentaria. Así, la Junta

Electoral Central no debería rechazar una candidatura que cumpla los requisitos del artículo 5 AEE, pues el régimen prevalente es éste y no el del artículo 211 LOREG, al menos mientras el TJCE no se pronuncie sobre la compatibilidad de la Ley española. La Junta Electoral, llegado el caso el Tribunal Supremo, examinarán la legalidad de la candidatura a la luz del AEE. Naturalmente, el juez o Tribunal competente podrán plantear al TJCE cuestión prejudicial de interpretación; no se olvide que en el caso del artículo 5 AEE algún autor, como el ya citado J. Elizalde, sostiene de forma razonable que ha habido una «mutación» constitucional.

Claro que, independientemente del planteamiento de la cuestión prejudicial, cuya solución por el TJCE podría llegar demasiado tarde e inútilmente, el juez nacional puede ordenar inmediatamente la suspensión de la aplicación de la disposición litigiosa en el caso concreto mediante medidas provisionales o cautelares hasta el momento de dictar su fallo tras la respuesta del TJCE. Es bien sabido que el Derecho Comunitario no impone la suspensión cautelar sino que *faculta* al juez nacional, independientemente de que la legislación nacional no prevea o incluso aunque la prohíba (21). Así pues, todo juez nacional está facultado, incluso *contra legem*, para adoptar la suspensión de la aplicación de la ley hasta que se establezca por el TJCE la interpretación pertinente que permita al juez nacional fallar sobre su compatibilidad. De esta manera, se protegen los derechos que una norma comunitaria

(21) Para el TJCE «la plena eficacia del Derecho comunitario se vería igualmente reducida si una norma de Derecho nacional pudiera impedir al juez, que conoce en un litigio regido por el Derecho Comunitario, conceder medidas provisionales para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que debe recaer acerca de la existencia de los derechos invocados con base en el Derecho Comunitario. De ello resulta que el juez que, en esas circunstancias, concedería medidas provisionales si no se opusiese a ello una norma de Derecho nacional, está obligado a excluir la aplicación de esta última norma» (sentencia de 19 de junio de 1990, *Factortame*, C-213/89, aún no publicada en la Recopilación, pero su texto puede verse en esta *Revista de Instituciones Europeas*, 1990-3, pág. 950, fundamento jurídico 21).

En otro asunto, poco días después, el Presidente del TJCE ordenó a la RFA la suspensión, a título cautelar (art. 186 CEE), de una ley sobre derechos por el uso de carreteras federales en lo relativo a los vehículos matriculados en otros Estados miembros que debía entrar en vigor el 1.º de julio de 1990, hasta la resolución de un procedimiento por incumplimiento introducido por la Comisión contra la RFA (Auto de 28 de junio de 1990, *Comisión c. RFA*, C-195/90-R).

confiere a los particulares aunque esté pendiente de determinarse si hay o no disparidad. Hay que señalar que en ese asunto *Factortame* el TJCE se pronunció por la posibilidad de la petición de suspensión por el juez nacional cuando se impugna la compatibilidad de las disposiciones del Derecho nacional con el DC.

En otra sentencia posterior ha aceptado también la posibilidad de adoptar medidas cautelares pero con numerosas precauciones cuando se plantea la cuestión de la validez misma de la norma comunitaria de derecho derivado (22). Es comprensible que cuando hay serias dudas sobre la validez de la norma comunitaria y se solicita cautelarmente la suspensión del acto nacional de ejecución, el juez nacional decidirá con extrema prudencia pues la suspensión del acto nacional puede conllevar la paralización de los efectos jurídicos de la norma comunitaria en el caso en cuestión (como era en ese caso el pago de unas cantidades establecidas por un Reglamento comunitario). Sin embargo, según el asunto *Factortame*, cuando las dudas se centran no en la norma comunitaria sino en la norma nacional, los poderes del juez son más amplios dado que pudiendo lo más (inaplicar definitivamente en ese litigio la ley nacional), con mayor razón puede lo menos (suspender temporalmente la aplicación de la ley nacional hasta la resolución del litigio). Se dice con razón que la sentencia *Factortame* es hija de la sentencia *Simmmenthal*: el juez tiene la obligación de aplicar íntegramente el DC y proteger —tutela judicial efectiva según el artículo 24 de la Constitución— eficazmente los derechos conferidos a los particulares por el DC (23).

(22) El TJCE ha declarado que «un órgano jurisdiccional nacional únicamente puede acordar la suspensión de la ejecución de un acto nacional adoptado en ejecución de un acto comunitario si dicho órgano jurisdiccional alberga serias dudas acerca de la validez del acto comunitario y si, en el caso de que aún no se haya sometido al Tribunal de Justicia la cuestión de validez del acto controvertido, el órgano jurisdiccional nacional plantee la correspondiente cuestión prejudicial; si está ante un caso de urgencia y si la parte demandante se halla amenazada con un perjuicio grave e irreparable y si dicho órgano jurisdiccional toma debidamente en cuenta el interés de la Comunidad» (sentencia de 21 de febrero de 1991, *Zuckerfabrik*, C-143/88 y C-92/89, aún no publicada en la Recopilación, pero su texto puede verse en este mismo número de la *Revista de Instituciones Europeas*, pág. 650).

(23) Vid. en relación con la sentencia *Factortame* los comentarios de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA en *Civitas. Revista española de Derecho Administrativo*, 1990, jul.-sept., págs. 401 y ss., y de DENYS SIMÓN y AMI BARAV en *Revue du Marché Com-*

3. *La exigencia por el Tribunal Constitucional de un pronunciamiento judicial interno como requisito previo a la inaplicación del DC*

El Tribunal Constitucional ha puesto un serio obstáculo a la aplicación efectiva del DC al exigir que en caso de «pretendida antinomia» sean «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 ley, sin perjuicio del planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJCE (FJ 6). En otro párrafo del mismo fundamento jurídico, el TC añade «que la primacía de éste (del DC) exige que sean *sólo* aquellos órganos los llamados a asegurar directamente la efectividad de tal Derecho» (subrayados añadidos).

El proceso judicial y su sentencia no puede ser el «paso previo» a la inaplicación. Este requisito es claramente contrario al principio de la eficacia directa e inmediata y, por tanto, contrario, a las obligaciones contraídas por España, por todos los órganos del Estado español. No niego que es importante que el TC haya confirmado la doctrina de la inaplicación de la norma nacional contraria a la norma comunitaria, pero ha añadido un requisito contrario a Derecho que quiere justificar acompañado de un párrafo de la sentencia *Simmenthal* sesgado de su contexto. Pero esa cita está utilizada fuera de la cuestión planteada al TJCE para fundar en su doctrina algo expresamente repudiado por el TJCE.

En efecto, los fundamentos 22 y 23 de la sentencia *Simmenthal* que cita el Tribunal Constitucional, como el conjunto de esa sentencia, se refieren a los poderes del juez nacional para asegurar la primacía y la eficacia *en el curso de un proceso* y frente a cualquier obstáculo jurídico constitucional («toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional») o a «toda práctica legislativa, administrativa o judicial» que impidan a un juez nacional hacer «todo lo necesario», ya sea inaplicar o suspender la aplicación de una ley, incluso contra lo dispuesto en la Constitución, en las leyes, etc., para asegurar la plena eficacia de la norma comunitaria. En ese litigio el juez italiano preguntaba al TJCE que puesto que el sistema jurídico italiano no le permitía dejar inapli-

mun, 1990, núm. 340, oct., págs. 591 y ss. En relación con el Auto *Comisión c. Alemania*, vid. el comentario de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA en esta *Revista*, 1990-3, págs. 875 y ss.

cada una ley hasta que el TC no la hubiera declarado inconstitucional o hasta que el Parlamento no la hubiera derogado, si podría el juez que conoce el litigio verse facultado por el DC para inaplicar la ley eventualmente incompatible o si esa facultad compete a otras autoridades distintas a la del juez. De ahí que el TJCE responda con el fundamento 23 del que el Tribunal español extrae consecuencias inaceptables en Derecho (24).

Por ello, cuando el TJCE dice que no se puede reservar la solución del conflicto a *otra* autoridad distinta de la del juez competente en la controversia lo afirma en función de la disyuntiva planteada por el Pretor de Susa, a fin de que un juez nacional no plantee una cuestión de inconstitucionalidad ni tenga que esperar a la derogación o modificación por su Parlamento; pero no excluye a los órganos administrativos de la obligación de dejar inaplicada la norma interna ni excluye la obligación de eliminar la contradicción misma. Pero en el marco de un litigio el juez nacional, por su autoridad, por la autoridad que le confiere el DC, independientemente de la legislación nacional (25), tiene que asegurar por sí mismo el pleno efecto de la norma comunitaria: en el marco de un litigio la inaplicación le está reservada al juez de ese litigio (fundamento 24).

El Tribunal Constitucional condiciona la aplicación efectiva del DC a un proceso judicial (lento, costoso, ¿e incierto?); se deduce de su requisito que la primacía sólo afecta a los jueces llegando al absurdo jurídico de que la norma comunitaria no tiene un efecto jurídico obligatorio objetivo (*para todos*). Así, la primacía del DC resulta ser una afirmación huera.

La primacía del DC no es algo que sólo competa al juez ordinario. Todos los Estados miembros, todos los órganos del Estado miembro se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines previstos en los Tratados y «adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cum-

(24) Sentencia de 9 de marzo de 1978, citada en nota 20.

(25) Obsérvese que en la citada sentencia *Factortame*, consecuencia de esta sentencia *Simmmenthal*, se plantea el problema de la prohibición del sistema jurídico inglés de dictar medidas de suspensión cautelar de las leyes y, sin embargo, el TJCE dice que todo juez en la Comunidad, incluido el británico, está facultado, si lo precisa para asegurar la aplicación efectiva de la norma comunitaria, para suspender cautelarmente la aplicación de una ley (fundamentos 20 a 23).

plimiento de los actos de las Instituciones de la Comunidad» (art. 5 CEE, 192 EURATOM y 86 CECA).

Por ello, si se quiere evitar esa situación en la que los órganos administrativos se ven obligados a inaplicar leyes u otras disposiciones —y debe evitarse—, entonces el legislativo y el ejecutivo deben asumir sus responsabilidades respectivas de respeto del DC: derogar o modificar las normas infractoras (26).

La primacía del DC no es algo abstracto; operativamente este principio significa que cuando un particular invoca ante el órgano competente una norma comunitaria pertinente al caso, ese órgano debe aplicar la norma comunitaria; no tiene que plantearse si hay una norma nacional compatible o no; sólo si la norma comunitaria está en vigor y concurren sus condiciones de aplicación en la persona que la invoca o a la que hay que exigir su cumplimiento (no se olvide que las normas comunitarias también imponen obligaciones). Y lo mismo se puede decir cuando la norma comunitaria se aplica en las relaciones entre particulares (27). Sólo ante la imposibilidad de una aplicación «pacífica» de

(26) Si en un Estado miembro se han adoptado disposiciones legislativas (o reglamentarias) contrarias a lo dispuesto en una norma comunitaria en vigor, esa violación del DC permanecerá hasta que no derogue o modifique la norma nacional infractora. La inaplicación permite salvaguardar los derechos de los particulares caso por caso; pero la infracción del Estado miembro a sus obligaciones se mantiene hasta la derogación o modificación pertinente. Esta es una antigua y bien consolidada posición del TJCE.

El alto Tribunal comunitario había declarado en su sentencia *Code Maritime* de 1974 que el mero mantenimiento en vigor de una norma nacional contraria a la norma comunitaria directamente aplicable, incluso aplicándose siempre ésta, engendra una situación de hecho ambigua, dejando a las personas afectadas en un estado de incertidumbre en cuanto a las posibilidades que tiene de acogerse al Derecho Comunitario (sentencia de 4 de abril de 1974, *Comisión c. Francia*, 167/73, Rec., págs. 359 y ss.). Ese mero mantenimiento en vigor es en sí mismo una infracción al artículo 5 CEE pues crearía siempre un equívoco en los justiciables y podría obligarles a iniciar procesos judiciales. Por ello, el TJCE ha precisado en 1986 que la primacía y el efecto directo del DC no dispensa a los Estados miembros de la obligación de eliminar definitivamente (derogar o modificar) mediante normas internas de carácter obligatorio del mismo valor jurídico que las que deben ser modificadas. Se facilitaría así la aplicación efectiva y se reforzaría la primacía del DC (sentencia de 4 de abril de 1974, *Comisión c. Italia*, 168/85, págs. 2945 y ss.). Vid. mi comentario a esta jurisprudencia en esta *Revista*, 1987-2, págs. 311 y ss.

(27) Igualmente los particulares deberán descartar en sus relaciones privadas, por ejemplo en un acuerdo entre empresas o en un contrato de trabajo, cualquier ley o

los derechos y obligaciones, cuando algunas de las partes lleva la controversia ante el juez, sólo entonces es cuando tiene sentido esa reiterada afirmación del TJCE de que «las jurisdicciones nacionales están obligadas a salvaguardar los derechos y obligaciones que emanan de la norma comunitaria».

El TJCE ha concentrado la expresión máxima del efecto directo en la invocabilidad ante el juez nacional. Pero esa reiterada expresión recubre la previa alegación ante el órgano administrativo y la obligación de éste de aplicar las normas comunitarias. Es de sentido común. Pero el TJCE ha tenido que clarificarlo en la sentencia *Costanzo c. Ayuntamiento de Milán* de 1989, sentencia sobre la que debió meditar nuestro Tribunal constitucional. Afirma el TJCE que si los particulares pueden invocar disposiciones de una directiva ante las jurisdicciones nacionales es porque las obligaciones que derivan de esas disposiciones se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros (28). Sigue diciendo que sería contradictorio estimar que los particulares pueden invocar una norma comunitaria ante el juez nacional para hacer reprobado a la administración y estimar que ésta no tiene obligación de aplicar las normas comunitarias descartando las disposiciones nacionales que sean contrarias. Por ello, concluye que al igual que el juez nacional, una administración, todos los órganos de la administración, incluidos los órganos descentralizados, tales como los muni-

disposición interna contraria a una norma comunitaria de aplicación directa so pena de nulidad de sus contratos. Las normas comunitarias no son dispositivas, sino imperativas.

(28) Sentencia de 22 de junio de 1989 (*Fratelli Costanzo c. Ayuntamiento de Milán*, 103/88), aún no publicada, fundamentos 30 a 33. Con anterioridad el TJCE ya se había referido a la amplitud de ese mandato en las sentencias de 21 de mayo de 1987 (*Albako*, 249/85), pág. 2360, y de 20 de septiembre de 1988 (*Gebroeders Beentjes*, 31/87), aún no publicada, entre otras.

El TJCE ha tenido que recordar, de nuevo, en una cuestión prejudicial planteada por un Juzgado de Oviedo, que «la obligación de los Estados miembros, dimanante de una Directiva, de alcanzar el resultado que la misma prevé, así como su deber, conforme al artículo 5 del Tratado, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, en el marco de sus competencias, de las autoridades judiciales» (subrayado añadido), sentencia de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing*, fundamento 8.

cipios, tienen la obligación de aplicar la norma comunitaria y descartar la aplicación de las normas nacionales contrarias.

No se entiende esa insistencia del TC español en reservar la solución del conflicto ley nacional-norma comunitaria a la autoridad del juez, cuando en su jurisprudencia anterior, en relación con disposiciones *self executing* de tratados internacionales de los que España es parte, había reconocido la invocabilidad por los particulares de los derechos que confiera una norma internacional y su protección por todos los órganos del Estado español (29). Este cumplimiento de la norma internacional o comunitaria por los órganos administrativos debería mantenerse aunque una ley posterior contenga disposiciones que perturben el ámbito de aplicación de la norma internacional o comunitaria.

4. *El parámetro de conformidad de la norma interna de ejecución del Derecho Comunitario*

Se puede comprender y es acertado que ambos, la Abogacía del Estado y el mismo Tribunal Constitucional, rechacen la jurisdicción del Tribunal para examinar la inconstitucionalidad de una ley por disparidad con una norma comunitaria. Pero otra razón más estriba en que cuando se trata de una ley (ciertas disposiciones de una ley) adoptada para dar ejecución a una obligación comunitaria, esa disposición de la ley no puede ser confrontada con la Constitución en los aspectos regulados por norma comunitaria; su causa y su parámetro no está en la Constitución. Esta no prevé ni regula elecciones al PE, ni las competencias ni la organización de esa Institución comunitaria ni la Institución misma. Por ello, el contenido sustantivo de esta ley como de cualquier otra norma interna adoptada para desarrollar obligaciones comunitarias debe respetar la norma comunitaria.

(29) El Tribunal Constitucional ha afirmado, refiriéndose a los órganos del Estado (administrativos y judiciales) que «deben velar por el estricto y recíproco cumplimiento de cuantos deberes dimanen de los Tratados concertados y en vigor que los Tribunales se limitan a aplicar» (Sentencia 11/1983, de 21 de febrero, FJ 4).

En efecto, no se entiende que el Abogado del Estado afirme «la perfecta congruencia» del artículo 211 con el artículo 67.1 de la CE (que establece incompatibilidades en el orden interno), pues el contenido y finalidad de la L.O. 1/1987 está fuera del alcance de la Constitución como consecuencia de la atribución de competencias prevista por el artículo 93 de la CE y de la consiguiente integración de España en un sistema jurídico-político dotado de Instituciones propias en las que participan los Estados miembros y cuya voluntad contribuyen a formar (30).

Naturalmente, la ejecución de una norma comunitaria (como el AEE) se hace conforme al principio de autonomía institucional y procedimental en lo que no esté regulado por la norma comunitaria o se habilite expresamente a los Estados miembros. En estos casos, la Constitución y otras normas internas determinarán, en función de la distribución de competencias, el órgano competente (Cortes o Gobierno, o Comunidades autónomas) y sus caracteres formales y procedimentales (Ley Orgánica u ordinaria, etc.).

Difícilmente una norma comunitaria podrá encajar con precepto constitucional alguno que no sea el artículo 93. Cada norma del derecho originario y derivado sólo podrá encontrar su conformidad con la CE a través del artículo 93. De otro modo, resultarían ser una violación de las atribuciones de las Cortes, del Gobierno, de las Comunidades Autónomas, de los Jueces y Tribunales, etc., a quienes se les ha encomendado el ejercicio de la soberanía, a reserva de que este ejercicio no se vea atribuido, en vez de a esas instituciones internas a instituciones internacionales: las Instituciones comunitarias. Como ya he señalado, el artículo 93 de la Constitución no es tan irrelevante.

La ley interna de ejecución es una norma delegada; en expresión del antiguo juez Pescatore el derecho nacional de ejecución es un «de-

(30) Antecedentes 4 C in fine. En una sentencia de 17 de abril de 1989 del Tribunal Supremo (contencioso-administrativo) parece que hubo control de conformidad de un Reglamento comunitario (570/86/CEE, de 24 de febrero) con el principio de igualdad establecido por la Constitución. Ciertamente se reconoce que ese principio también lo es del Derecho Comunitario. Pero queda una duda: si el Tribunal Supremo hubiera estimado que el Reglamento CEE colisionaba con la Constitución, ¿qué vía prejudicial hubiera utilizado, la constitucional o la comunitaria?

recho adventicio» (31). También, en un trabajo ya clásico, Sohier y Megret decían que la intervención de las autoridades no constituye más que un paso intermedio de ejecución formal y obligada de una norma jurídica comunitaria en cuanto a su sustancia (32). La ley nacional es formalmente una norma interna y *sometida en todos sus aspectos formales al derecho interno*, pero vinculada en sus aspectos esenciales a la norma comunitaria a la que da ejecución. Su verdadera naturaleza jurídica es comunitaria y la confrontación de su contenido sustantivo debe hacerse en relación con la norma comunitaria de derecho originario o derivado.

No significa, sin embargo, que la norma interna de ejecución pueda, sin más, desconocer la Constitución y otras normas internas. Habrá que examinar bien el alcance de cada una de las disposiciones de la norma comunitaria y sus opciones o márgenes de actuación, que estarán sujetos con todas sus consecuencias a la competencia interna; entonces, las autoridades internas que la desarrollen deberán respetar la Constitución y el orden interno en esos ámbitos de competencia nacional y en caso de contradicción de la ley con la Constitución *podrá ser objeto de control de constitucionalidad*. En modo alguno el cumplimiento del Derecho Comunitario autoriza a desconocer la Constitución y el derecho interno en los ámbitos que permanecen bajo competencia nacional. Igualmente en el caso de ausencia de regulación comunitaria en una materia o en un aspecto concreto (ya sea por falta de adopción o concreción suficiente, falta de competencia comunitaria o habilitación temporal en favor de las autoridades internas) regirá plenamente el orden interno en exigencias de fondo y forma.

Pero si la disposición comunitaria en cuestión no contempla ningún margen en su ejecución que permita el juego del derecho interno, entonces cualquier incompatibilidad entre la norma comunitaria y la norma nacional sólo tendrá su marco jurídico de contraste en el propio derecho comunitario pues su contenido de fondo dejó de ser competencia nacional. Y la razón profunda de que no pueda ser declarada la inconstitucionalidad de la ley nacional de ejecución en cualquiera

(31) P. PESCATORE: *L'ordre juridique des Communautés Européennes*, Liège, 1975, págs. 193 y 198-199.

(32) M. SOHIERY C. MEGRET: «Le rôle de l'exécutif national et du législateur national dans la mise en oeuvre du droit communautaire», en *Droit Communautaire et Droit National*, Tempel, Brujas, 1965, pág. 115.

de estos casos es que su contenido es de competencia comunitaria. Cuando se plantee ante el juez competente del litigio un conflicto así, especialmente en el caso de una ley, no deberá en modo alguno plantear cuestión de inconstitucionalidad, sino examinar su conformidad con la norma comunitaria a la que da ejecución y, llegado el caso, puede plantear una cuestión prejudicial (art. 177 CEE) de interpretación o de apreciación de validez. Este estaría especialmente indicado cuando se plantee un hipotético —casi impensable— conflicto directo entre una norma de derecho derivado y principios esenciales de la Constitución, cuyo respeto como nociones cualitativas comunes e inspiradoras de las Constituciones de todos los Estados miembros también ampara el TJCE. Si el TJCE estima que esa norma comunitaria viola «el Derecho» (art. 164 CEE), *ya sean los principios generales comunes a las Constituciones*, ya sean los propios Tratados, la disposición comunitaria quedaría anulada para todos los Estados miembros, para toda la Comunidad. No se rompería la unidad del Derecho Comunitario (33).

Lo que importa, pues, es que la norma de ejecución de una obligación comunitaria, *en todos sus aspectos de competencia comunitaria*, regulados por norma comunitaria, no puede ser confrontada con la Constitución u otras normas internas sino con su único parámetro jurídico: con la norma comunitaria (de derecho derivado y originario) de la que se trae su causa (34).

(33) El TJCE declaró en la sentencia *Nold* que «no admitirá medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de los Estados miembros» (14 de mayo de 1974, 4-73, Rec., págs. 491 y ss.). Pero si un atentado al sistema constitucional básico se produce por un acto institucional comunitario su apreciación debe realizarse en el marco del Derecho comunitario mismo a fin de asegurar la cohesión jurídica de la Comunidad (sentencia de 13 de diciembre de 1979, *Hauer*, 44-79, Rec., pág. 3744).

(34) Aún más, la norma comunitaria produce el denominado «efecto dique» sobre la norma nacional de ejecución; esto quiere decir, que a pesar de ser una ley o disposición reglamentaria en la forma, el legislador o la administración no dispone de *entera* discrecionalidad para modificar su norma. Esta queda bloqueada de modo que cualquier posterior modificación de la misma o en aquella parte que dé ejecución deberá seguir teniendo en cuenta su compatibilidad con la norma comunitaria.

Para una mejor identificación por los particulares de estas normas nacionales de desarrollo o de ejecución del Derecho Comunitario los Estados deberían hacer mención al precepto de los Tratados o a las disposiciones de derecho derivado a la que dan ejecución. En el caso de las directivas, éstas exigen que la norma nacional de transposición haga una remisión a la misma. A la fórmula clásica que figura en toda directiva

VII. EL RECHAZO A PLANTEAR LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

El TC desestima plantear cuestión prejudicial de interpretación al TJCE sobre el alcance del artículo 5 del AEE y lo hace de forma coherente con su rechazo a considerar el litigio planteado como un problema de «acomodación constitucional». Dejando a un lado esa afirmación de que no es un problema de acomodación constitucional, su razonamiento ha sido correcto, pues rechaza ser un órgano de control de constitucionalidad y por tanto de aplicación del DC y la cuestión prejudicial debe ser interpuesta por órganos jurisdiccionales que apliquen DC. Ha resuelto bien ese problema jurídico y, sobre todo, psicológico...

Sin embargo, algunas de las alegaciones del Abogado del Estado son poco presentables: decir que «ningún Tribunal Constitucional de entre los que existen en los Estados miembros de la Comunidad Europea ha planteado nunca la cuestión prejudicial» es infantil. Y si alguno

(«los Estados miembros adoptarán todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir la presente directiva»), desde finales de 1990 se añade «cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas harán referencia a la presente directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia».

Esta invocación expresa en la norma nacional a la comunitaria responde a la exigencia de «un mínimo de transparencia» en la aplicación del derecho comunitario que el Tribunal de Justicia ha exigido incluso en relación con normas nacionales *anteriores* a la norma comunitaria y que servirían llegado el caso para dar cumplimiento a la norma comunitaria posterior. Es decir, si un Estado miembro ha alcanzado los objetivos de una directiva con su legislación anterior, la ejecución de aquélla no exige nuevas disposiciones internas salvo ese mínimo de transparencia (TJCE, sentencia de 21 de mayo de 1985, *Comisión c. RFA*, as. 248-83, Rec., págs. 1483 y 1487) en el sentido de que esos principios garanticen efectivamente la plena eficacia de la directiva y la situación jurídica en relación con los derechos de los particulares sea precisa y clara no sólo para los nacionales sino para todo ciudadano de un Estado miembro a fin de que pueda invocarlas ante las jurisdicciones nacionales (TJCE, sentencia de 23 de mayo de 1985, *Comisión c. RFA*, as. 29-84, pág. 1673).

Además, no se olvide que el juez nacional al que se le somete un litigio relacionado con una norma comunitaria tiene la obligación de interpretar su *derecho nacional anterior o posterior a la Directiva* a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva para alcanzar el resultado a que se refiere al misma (sentencia de 10 de abril de 1984, *Von Kolson y Kamann*, 14/83, pág. 1891 y reiterada en otras sentencias posteriores como la de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing C-106/89*, aún no publicada).

o varios de los Tribunales Constitucionales la hubieran interpuesto alguna vez, ¿la debería haber planteado nuestro Tribunal Constitucional?

Por lo que se refiere a la noción de órgano jurisdiccional que se utiliza en el artículo 177 CEE no es cierto que excluya al Tribunal Constitucional porque éste no se integre en la organización del Poder judicial. Justamente de las sentencias incorrectamente citadas (35) se extrae una jurisprudencia muy distinta a la que atribuye al TJCE; de un Auto hay que deducir precisamente que el artículo 177 se aplica a todo ejercicio de la función jurisdiccional, incluso si ese ejercicio es el hecho de un órgano no jurisdiccional (36). La noción de jurisdicción nacional no depende del Derecho nacional, de la autocalificación o autoexclusión de los órganos internos, sino del DC hasta el punto de que frente a la legislación holandesa el TJCE consideró jurisdicción a efectos del artículo 177 a un órgano de la seguridad social holandesa (37). De forma similar en la tercera sentencia, también mal citada en fondo y forma, el TJCE aceptó el reenvío planteado por una Comisión de recursos de un Colegio de Médicos (38).

VIII. LA REFERENCIA AL RANGO INFRACONSTITUCIONAL DEL DERECHO COMUNITARIO

Resulta desconcertante, cuando no preocupante, la actitud del TC en este litigio que pudo haber resuelto de forma correcta y ajustada a Derecho (a la Constitución y al DC) si se hubiera atendido a una sólida y *sobria* fundamentación jurídica, sin prodigar excesos dialécticos y afirmaciones gratuitas o innecesarias.

Desde luego, el TC ha hecho una afirmación innecesaria, sin fundamento jurídico y contraria a los compromisos jurídicos de España,

(35) Se citan un Auto y dos sentencias del TJCE de forma absolutamente incorrecta, pues los únicos datos que se ofrecen (61/65, 246/80 y 138/80) se refieren al número de Registro de entrada del asunto en la Secretaría del TJCE, datos inútiles para poder localizarlos en la *Recopilación* oficial. Es imprescindible citar la fecha de las sentencias salvo que se quiera jugar a los «secretismos» tan caros a nuestra Administración. Esto en el mejor de los casos.

(36) Auto de 13 de junio de 1980 (*Borker*, 138/80), Rec., pág. 1977.

(37) Sentencia de 6 de junio de 1966 (*Veassens-Göbbels*, 61-65), Rec., págs. 378 y ss.

(38) Sentencia de 6 de octubre de 1981 (*Broekmeulen*, 246/80), Rec., págs. 2311 y s.

al decir, en el fundamento jurídico quinto, glosando el artículo 96 de la CE: «En suma, la eventual infracción de la legislación comunitaria europea 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*» (subrayado añadido).

Respecto a la primera parte de ese párrafo ya he comentado el carácter constitucional del conflicto sin que ello lleve al apoderamiento de competencia por el TC. La gravedad de esa afirmación se sitúa en la segunda parte que he subrayado: posiblemente es la mayor estridencia de la sentencia. Y no porque ésta no contenga afirmaciones equívocas o erróneas y extrapolaciones. Pero, ¿por qué se hizo esa afirmación? No se encuentra una explicación en el plano jurídico, máxime si se tiene la convicción jurídica y democrática de que un Tribunal Constitucional, como el resto de Instituciones, se somete al Estado de Derecho, contra el que no prevalece ni la soberanía parlamentaria ni la «soberanía judicial». Afirmaciones de ese cariz traen a la memoria el viejo aforismo, *¿quis custodiet ipsos custodes?*

La vinculación a las Comunidades Europeas y a su Derecho, prevista y acordada conforme a la Constitución, es sin reservas, ni tan siquiera políticas. Esta vinculación se expresa solemnemente en el Acta de Adhesión (art. 2) y en unos preceptos que son la «piedra de clave» del sistema jurídico de la integración: los artículos 5 CEE, 192 EURATOM y 86 CECA (39). También se podrían recordar los artículos sobre las fuentes del derecho derivado (14 CECA, 189 CEE y 161 EURATOM) y los preceptos relativos a la competencia del TJCE que todo Estado miembro (todo órgano de un Estado miembro) acepta sin reservas y, en consecuencia, acata sus decisiones y orientaciones. El Derecho Comunitario obliga a cada Estado miembro en las condiciones previstas en los propios Tratados. No en las condiciones que unilateralmente establezca una Constitución o un Tribunal Constitucional. Las condiciones de aplicación directa, inmediata y prevalente tienen que ser iguales en todos los Estados miembros y por ello esas condiciones

(39) Vid. sobre este precepto capital el estudio de JOHN TEMPLE LANG: «Community constitutional law: Article 5 EEC Treaty», *CMLRev*, 1990-4, págs. 645 y ss. Del mismo autor es otro excelente estudio en el que se abordan también estos temas: *The Duties of National Courts under the Constitutional Law of the European Community*, Exeter Univ. Press, 1987.

son las establecidas en los Tratados, tal como son interpretados por su Tribunal de Justicia.

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, porque es la condición previa para ser Estado miembro y para seguir siéndolo: aceptar la primacía *absoluta* del Derecho Comunitario. Es la condición existencial de la Comunidad misma. La primacía no es relativa ni está condicionada. El Dictamen de la Comisión, previo a nuestra adhesión y publicado en el *BOE* de 1 de enero de 1986 a continuación de los Instrumentos de Ratificación y de Adhesión, es bien sintomático de esa exigencia que hemos aceptado. Además, las Cortes Españolas, en representación del pueblo español y haciendo uso de la previsión contenida en el artículo 93 de la CE, con pleno conocimiento de causa (de la transcendencia jurídica, como reflejan las actas del debate suscitado en la redacción del art. 93), otorgaron su autorización sin ningún voto en contra ni abstención alguna para la integración del Derecho Comunitario en nuestro ordenamiento interno conforme a las exigencias o características del propio DC.

Si el Tribunal Constitucional estima que esa autorización y la consecuente integración no está amparada por el artículo 93, si encuentra argumentos en favor de la inconstitucionalidad que lo diga claramente. Y por razones de seguridad jurídica que no deje pasar tantas oportunidades. No se le niega al TC su competencia para ejercer el control de la constitucionalidad de los Tratados comunitarios (aunque ya expiró el plazo de los recursos previo y a posteriori) y sólo podría reabrirse ese control por la vía hipotética de la cuestión de inconstitucionalidad o bien ante nuevos Tratados que modifiquen o completen aquéllos; pero, como nos recuerda Luis Ignacio Sánchez Rodríguez, respecto del Derecho originario en vigor milita en su favor «una presunción extraordinariamente fuerte de su constitucionalidad, precisamente sobre la base del artículo 93 CE (40). Por ello, la doctrina del TC sobre una primacía *limitada* es contraria a las condiciones jurídicas en las que está teniendo lugar nuestra permanencia en la Comunidad.

(40) LUIS IGNACIO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ: «El artículo 93 CE y el bloque de la constitucionalidad: algunos problemas», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 246.

El TJCE ha establecido que esa primacía no puede encontrar obstáculo jurídico alguno ni tan siquiera de carácter constitucional. En la misma sentencia *Costa c. ENEL*, ya citada, declaraba que «el derecho nacido del Tratado no podría en razón de su específica naturaleza original, verse oponer judicialmente a un texto interno *cualquiera que sea* sin perder su carácter comunitario...». Otras veces ha dicho que las disposiciones del DC priman sobre *toda* norma nacional que les sea contraria o que no puede prevalecer la invocación de disposiciones del Derecho interno *de cualquier naturaleza que sean* (41). En algunas ocasiones no ha tenido más remedio que declarar que «un Estado miembro no puede alegar dificultades internas o disposiciones de su orden jurídico nacional, *incluso constitucional*, para justificar el no respeto de obligaciones y plazos resultantes de directivas comunitarias» (42). La razón profunda de esa primacía estriba en que «la introducción de criterios particulares, procedentes de la legislación o del orden constitucional de un Estado miembro determinado, atentaría contra la unidad material y la eficacia del Derecho Comunitario, y tendría irremisiblemente por efecto quebrar la unidad del mercado común y poner en peligro la cohesión de la Comunidad» (43).

La clave constitucional de la pertenencia pacífica de un Estado miembro a la Comunidad está en que su Constitución prevea la legitimación para atribuir el ejercicio de una parte de la soberanía a Instituciones comunes a esos Estados y en las que estos participan. Si la Constitución española (si el constituyente y la voluntad popular) han previsto esa atribución y el ejercicio de esas competencias conforme a normas comunes de las Organizaciones internacionales «titulares de la cesión», no se puede hablar seriamente de rango infraconstitucional del DC ni tan siquiera de conflicto entre el DC y la Constitución. Y es inadmisibles que se tenga la voluntad de crear confusión y problemas ficticios en la aplicación del DC por nuestros jueces y Tribunales. El efecto jurídico querido por el artículo 93 de la CE es aceptar el DC con sus exigencias propias, incluida su primacía absoluta. Luego, las normas comunitarias

(41) Entre otras sentencias, 4 de abril de 1974 (167/73), ya citada; 13 de julio de 1972 (*Comisión c. Italia*, 48-71), Rec., pág. 535; Auto de 28 de marzo de 1980 (*Comisión c. Francia*, 24 y 99/80 R), Rec., pág. 1333. Subrayados añadidos.

(42) Sentencia de 6 de mayo de 1980 (*Comisión c. Bélgica*, 102/79), Rec., 1487. Subrayados añadidos.

(43) Sentencia *Hauer*, ya citada.

no son infraconstitucionales. Tampoco hay que calificarlas con la dramática expresión de «supraconstitucionales». Las normas comunitarias no pueden infringir los principios básicos de los sistemas constitucionales mismos que han permitido la atribución. Pero en los ámbitos atribuidos a la Comunidad, la norma comunitaria goza de un status «extra o metaconstitucional». Pero no son infraconstitucionales en ningún Estado miembro; tampoco en España.

Cabría añadir que la eventual disparidad de una norma de derecho derivado con la Constitución no es competencia del TC, ya que su control de legalidad se ha atribuido al Tribunal de Justicia de la Comunidad y su parámetro de conformidad no son las Constituciones sino los Tratados (incluido su art. 164 CEE). Ahora bien, en cualquiera de los hipotéticos conflictos Constitución-Tratados o Constitución-derecho derivado, la Constitución de cada Estado miembro no es ajena al propio DC y a la competencia del TJCE, el cual tiene por misión «asegurar el respeto del Derecho» (art. 164 CEE) (con mayúsculas en la versión española): el Derecho, sin adjetivaciones, en la interpretación y en la aplicación de los Tratados y del Derecho derivado (44).

Así pues, la atribución de competencias no es ilimitada e incontrolada y el TJCE debe velar por el respeto de los principios fundamentales del Estado de Derecho, principios que son comunes a las Constituciones de los Estados miembros. También G. C. Rodríguez Iglesias y U. Woelker sitúan las relaciones Derecho Comunitario y Constitución en sus justos términos considerando «el carácter meramente hipotético de ese conflicto radical entre Constitución y Derecho Comunitario, ya que este último asume como elemento propio los principios constitucionales comunes a los Estados miembros, y, en particular, los relativos a la protección de los derechos fundamentales de la persona» (45).

El antiguo juez Pescatore nos ha recordado que la primacía no se deriva de una concesión cualquiera por parte del Derecho Constitu-

(44) Un análisis interesante de los desarrollos de ese precepto y sus implicaciones en cuanto a la naturaleza y a la competencia jurisdiccional misma del TJCE puede verse en ANTHONY ARNULL: «Does de Court of Justice have inherent jurisdiction?», *CMLRev.*, 1990-4, págs. 683 y ss.

(45) GIL CARLOS RODRÍGUEZ IGLESIAS y ULRICH WOELKER: «Derecho Comunitario, Derechos Fundamentales y control de constitucionalidad. La decisión del Tribunal Constitucional federal alemán de 22 de octubre de 1986», *Revista de Instituciones Europeas*, 1987-3, pág. 681.

cional de los Estados. Pero los problemas de orden constitucional se resuelven antes de la adhesión (y España lo hizo) pues sería inadmisibile, porque se opone a la buena fe de los tratados, que un Estado miembro tratara de poner en duda los compromisos aceptados invocando a posteriori obstáculos constitucionales: tales actitudes entrañarían o imprevisión o mala fe (46). Y, desde luego, esa no ha sido la conducta de España (47).

(46) PIERRE PESCATORE: «Aspectos judiciales del “acervo comunitario”», *Revista de Instituciones Europeas*, 1981-2, pág. 347.

(47) Estando ya redactado este comentario, el Tribunal Constitucional español ha dictado la sentencia 64/1991, de 22 de marzo (*BOE* de 24 de abril de 1991), en la que reafirma su doctrina (en especial FJ 4) objeto de crítica en este comentario (un extracto de su sentencia se publica en este mismo número de la *RIE*).

