

LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO
COMO CUESTIÓN INFRACONSTITUCIONAL
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL (*)

ANDRÉS OLLERO (1)

(*) Ponencia presentada en el Coloquio Internacional «Implementation of European Union Law to National Legal System of Member States», celebrado en la Universidad de Wrocław (Polonia) el 8 y 9 de mayo de 2009.

(1) Universidad Rey Juan Carlos (Madrid, España).

Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación DER2008-06063/JUR del Ministerio español de Ciencia e Innovación, del que es investigador principal.

Tres factores me parecen particularmente significativos a la hora de abordar el tema que nos ocupa.

En primer lugar, la integración de España en la Unión Europea afectó, como es lógico, al ámbito de acción de sus poderes públicos. El propio Tribunal Constitucional español (en adelante TC) levantará más tarde acta de ello al ocuparse de la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución española (en adelante CE) y los artículos I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004: «la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su art. 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el art. I-6 del Tratado» (2).

Indudablemente la cuestión no es tan fácil ni pacífica. Más bien afecta al propio artículo 93 CE citado, al sugerirse que «ofrece un débil soporte» para el «poder de integración» que pretende encarnar. La Unión Europea desbordaría el «molde constitucional de los años 50 y 60, de los que la Constitución española es tributaria» (3).

Esta alteración confluye, en segundo lugar, con la ya antes ocasionada por el modelo de Estado de las Autonomías plasmado en la Constitución española de 1978, que afectó sensiblemente al previo esquema

(2) Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, Fundamento (en adelante F.) 4.

(3) P. PÉREZ TREMPES, hoy magistrado del TC, en *La Constitución española antes y después de Niza* «Cuadernos de Derecho Público» 2001 (13), pp. 269, 272; también 288-289.

centralista. Esa nueva distribución de competencias no se habría visto, en teoría, afectada por la vinculación de España a las instituciones europeas, a juicio del propio TC: «la traslación de la normativa comunitaria derivada al derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, criterios que, de no procederse a su revisión por los cauces correspondientes (art. 95.1 de la Constitución), no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias» (4).

No se entendería sin embargo el problema que abordamos sin tener en cuenta, como tercer factor, el sistema de control concentrado de constitucionalidad de matriz kelseniana asumido por la Constitución española. Seguía en ello ejemplos previos, como el alemán e italiano, debido quizá a una resistencia a encomendarlo a un Poder Judicial precedente de los decenios predemocráticos, sin más depuración que la que de hecho derivable de cambios provocados por la anticipación escalonada de la edad de jubilación obligatoria de los jueces; entre los 70 y los 65 años, bien pronto reconducida a los 68 y no mucho después a los 70 años de nuevo en vigor.

Este entendimiento del control de constitucionalidad como *legislación negativa* obligaría al TC a limitarse a la depuración de normas legales, renunciando a toda iniciativa que implicara la creación de *derecho positivo*. En qué medida quepa conciliar esta opción con la entrada en juego de recursos (incluido el de amparo) por violación de derechos fundamentales de los ciudadanos es asunto bastante problemático (5). El TC se ve así forzado a mantener un continuo esfuerzo de inhibición, que no impedirá que sus resoluciones resulten criticadas acusándolo de haber asumido funciones más propias de una tercera cámara parlamentaria (6),

(4) Sentencia (en adelante STC) 236/1991, de 12 de diciembre, F.9.

(5) De ello he tenido ocasión de ocuparme en *La igualdad en la aplicación de la ley en la doctrina del Tribunal Constitucional*, en «La casación: unificación de doctrina y vinculación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo» Madrid, Consejo General Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial nº 87, 2006, p. 229.

(6) «El Tribunal Constitucional, frecuentemente instado a actuar «como si» fuese eso que en un lenguaje ni técnico ni inocente se ha dado en llamar «la tercera Cámara», ha

o de invadir el ámbito de acción del Poder Judicial hasta imponer un perturbador sistema de «casación universal» (7). No faltará quien señale que no es muy distinta teóricamente la situación del Tribunal de Justicia de Luxemburgo (en adelante TJCE), aunque es muy dudoso que se esté comportando como legislador negativo en la práctica (8).

Partiendo de esta triple constatación, y de modo especial de la tercera de ellas, resultará más fácil entender la postura del TC al no considerarse aludido como órgano jurisdiccional de última instancia por el artículo 234 del Tratado, ni obligado en consecuencia a plantear cuestiones prejudiciales al TJCE. Coloca así a los órganos judiciales españoles ante el TJCE en una situación similar a la que han de adoptar ante él mismo con ocasión de cualquier duda sobre la constitucionalidad de una norma del ordenamiento interno (9). Si bien los órganos judiciales pueden y deben inaplicar la normativa interna preconstitucional cuando

caído por esta vez en la tentación» -epígrafe 6, c) del voto particular del magistrado Tomás y Valiente a la STC 53/1985, de 11 de abril sobre ley despenalizadora del aborto en determinados supuestos. Su «actuación no puede aproximarse a la de una «tercera Cámara» sin provocar un peligroso desequilibrio en nuestro sistema jurídico-político, invadiendo facultades que corresponden al poder legislativo» -epígrafe 2 del voto particular de los magistrados Latorre Segura y Díez de Velasco Vallejo a la misma sentencia. «Con esta decisión la mayoría traspasa los límites propios de la jurisdicción constitucional e invade el ámbito que la Constitución reserva al legislador; vulnera así el principio de separación de poderes, inherente a la idea de Estado de Derecho y opera como si el Tribunal Constitucional fuese una especie de tercera Cámara, con facultades para resolver sobre el contenido ético o la oportunidad política de las normas aprobadas por las Cortes Generales» -voto particular del magistrado Rubio Llorente a la misma resolución.

(7) La STC 190/1988, de 17 de octubre, F.3 deniega amparo por presunta lesión de la igualdad en la aplicación de la ley, afirmando que atribuir al Tribunal Constitucional el control de la desigualdad entre resoluciones de órganos judiciales diversos daría paso a un recurso de amparo entendido «a modo de casación universal». También a propósito del planteamiento de cuestiones prejudiciales parecerá obligado aclarar que «no convierte al TJCE en una jurisdicción europea de casación» -P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, J. A. GONZÁLEZ VEGA y B. FERNÁNDEZ PÉREZ *Introducción al Derecho de la Unión Europea* Madrid, Eurolex, 1999(2^a), p. 535.

(8) D. SARMIENTO *Poder judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión* Madrid, Cátedra Garrigues, Thomson-Civitas, 2004, p. 159.

(9) Partiendo de esa « semejanza de lo que acontece en las cuestiones de inconstitucionalidad » entenderá que « la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde en forma exclusiva e irrevisable al órgano judicial y no impide la defensa del derecho fundamental de las partes ante el Tribunal Constitucional, ya que éstas disponen a tal fin del recurso de amparo » -STC 111/1993, de 25 de marzo, F.2.

la consideren afectada por la disposición derogatoria, han de respetar respecto a las posconstitucionales el monopolio del TC como garante de la supremacía de la Constitución sobre la legalidad ordinaria. A él resultaría así equiparado el monopolio del TJCE a la hora de asegurar la primacía del derecho comunitario sobre los ordenamientos internos. No en vano quedaba en la práctica en sus manos «la definición de los límites entre la interpretación y la aplicación de las normas comunitarias», lo que convertiría a las cuestiones prejudiciales en «un arma federalizante de la organización jurisdiccional europea» (10).

Se ha señalado al respecto que habría que distinguir la cuestión de inconstitucionalidad que lleva a «activar un juicio de validez (de una norma interna de rango legal de cuya constitucionalidad se duda), mientras la cuestión prejudicial de interpretación sirve para realizar un juicio de aplicabilidad (o de alcance y sentido) de una norma comunitaria una vez presupuesta su validez». En ortodoxia kelseniana eso significa que el TC tendría su campo de juego en el primer supuesto (descartar *negativamente* la validez de una *norma*), pero no en el segundo: determinar *positivamente* su *sentido*; resulta por ello sorprendente que se rechace que sea el juez nacional «el único que puede inaplicar una Ley nacional cuando ésta sea contraria al derecho comunitario» (11). Asunto distinto es que sea posible pronunciarse sobre la validez de una norma sin determinar antes su sentido; pero eso no hace sino relativizar la aguda distinción propuesta (12).

(10) A juicio de D. SARMIENTO, para quien con aquella «elegante distinción», que sólo reservaría al TJCE la interpretación, pero no la aplicación del derecho comunitario, «en el fondo no se estaba diciendo nada» -*Poder judicial e integración europea* (cit. nt. 8), pp. 50-51 y 55.

(11) J. I. UGARTEMENDIA ECEIBARRENA, que había mostrado intuiciones felices al afirmar que «interpretar es, a la postre, dar contenido de significado», las malogra luego al añadir que «no puede (no debe) haber aplicación sin interpretación»; cuando realmente es imposible que no la haya -*El 'recurso' a la prejudicial (234 TCE) como 'cuestión' de amparo* (A propósito de la TC 58/2004, de 19 de abril de 2004, que otorga el amparo frente a una vulneración del art. 24 CE originada por el incumplimiento de la obligación de plantear cuestión prejudicial comunitaria) «Revista Española de Derecho Europeo» 2004 (11), pp. 470, 471 y 449.

(12) Así lo señala con acierto M. FRAILE ORTIZ *Negativa del juez nacional a plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* «Revista Española de Derecho Europeo» 2003 (7), pp. 441-443 y 458-459.

El TC optará por considerar que, dado que en tales supuestos nos hallamos ante un «puro problema de selección del derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan. 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» (13).

Tal solución, aparentemente indiscutible, contrasta con la asumida en algunas ocasiones por órganos de control constitucional de otros Estados miembros, como Bélgica o Austria y la –al menos en declaraciones teóricas– prevista en Portugal. Evita, sin embargo, plantear situaciones más tensas como la resuelta por Polonia el 17 de abril de 2005, parecida a la de otros Estados, con motivo de la llamada euroorden (14). Más relevante será el inevitable tropiezo de esta actitud con la siempre problemática frontera entre el ámbito de la *legalidad* y el de la *constitucionalidad*. Desde un punto de vista meramente formal, cabe manejarla con cierto simplismo y no pocas consecuencias ventajosas; pero si no se olvida que el derecho, más que *norma* o conjunto de ellas, es en realidad el *sentido* expresado en las normas, la situación cambia radicalmente. De ahí nuestro escepticismo cuando se sugiere como solución «facilitar el rol propiamente constitucional del juez europeo (estableciendo, por ejemplo, una diferenciación hoy inexistente en el nivel europeo entre jurisdicción constitucional y jurisdicción de la legalidad ordinaria)» (15).

(13) STC 28/1991, de 14 de febrero, F.5; cursiva nuestra. Con ello se apartaba de la doctrina italiana, presente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, que condicionaba la supremacía de la norma comunitaria sobre la ley estatal a la declaración de inconstitucionalidad de ésta –P. PÉREZ TREMPES *La Constitución española antes y después de Niza* (cit. nt. 3), p. 274.

(14) Sobre la actitud de la República de Polonia al respecto R. ALONSO GARCÍA *Los tribunales constitucionales ante el derecho comunitario* en «La articulación entre el derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción», Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial, 2007 (95), p. 209.

(15) R. ALONSO GARCÍA *Justicia constitucional y Unión Europea* Madrid, Thomson-Civitas, 2005, p. 52.

Los planteamientos formales nos invitan a un cielo conceptual, donde al parecer sería fácil distinguir entre una norma, con contenido sustantivo propio, y una multiplicidad de posibles sentidos, que cabría atribuirle o no de modo adjetivo por vía interpretativa. La realidad, sin embargo, es que la norma desnuda, desprovista de toda interpretación, sería en efecto un sinsentido.

Esto nos sitúa de lleno en ese escenario que han contribuido a iluminar las llamadas *sentencias interpretativas*. Una misma norma será o no constitucional según cómo se la interprete, lo que rompe en su texto el dique aparente entre legalidad y constitucionalidad. Desaparece a la vez el intento de reducir la función de los órganos judiciales a aplicar la legalidad, permitiendo de camino al TC mantenerse felizmente ajeno a ese campo. Tendrá que acabar reconociendo que aunque «la selección de las normas aplicables y su interpretación corresponde, en principio, a los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional», esto «no significa que la determinación de la norma aplicable al caso carezca siempre y en todos los casos de relevancia constitucional» (16). Asumirá pues una inevitable función de aduanero entre legalidad y constitucionalidad, mientras que se le criticará que no llegue a distinguir suficientemente entre «rango constitucional» o «relevancia constitucional» (17) de la normativa comunitaria.

Es obvio que lo mismo podrá ocurrir cuando lo que los órganos judiciales aplican es normativa comunitaria. Sería pues surrealista el intento del TC de coexistir con el TJCE como si de un colega extranjero a su propia función se tratase. La intervención del TC con motivo de la posible vulneración del derechos fundamental a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 24 CE, derivada del modo de aplicar las nor-

(16) STC 180/1993, de 31 de mayo, F.4. Se la invocará más tarde sin mayores matices en la STC 201/1996, de 9 de diciembre, pese a plantearse en este caso el derecho al juez predeterminado por la ley.

(17) Aun aclarando que tal relevancia no vendría «dada por el hecho de que se negara la aplicación del derecho comunitario» sino por la posible «vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva o del principio de legalidad penal» que de ello pudiera derivar -L. M. Díez-PICAZO *El derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional española* «Revista Española de Derecho Constitucional» 1998 (54), p. 267.

mas, ha superado con creces la, nada escasa, provocada por el juego del principio de igualdad del artículo 14 CE (18). Por tal vía se ha convertido en masiva una *Drittwirkung* que le ha llevado a controlar actos inicialmente ajenos a los poderes públicos, utilizando al Poder Judicial como pantalla interpuesta (19); A nadie pueden extrañar sus nada infrecuentes colisiones con el Tribunal Supremo, ni que se pronostique también una «tensión inevitable entre las doctrinas del TJCE y del TC», como consecuencia de que «el fenómeno de la integración europea no llega hasta el punto de una fusión total entre el ordenamiento comunitario y los ordenamientos nacionales» (20).

El problema radica en que sería precisamente la vía del artículo 24 CE la que habría de utilizar el TC ante la negativa de un juez a formular cuestión prejudicial al TJCE, de la que hubiera podido derivar desconocimiento del sistema de fuentes, falta de motivación (21) o marginación del juez predeterminado por la ley, caso éste abordado por sus equivalentes alemán (22) y austriaco. Su sistemática inhibición se ha atribuido al «temor de abrir la puerta a una realidad de dimensiones desconocidas», que podría traducirse en «un eventual aluvión de

(18) Sin que resulte inusual la invocación de uno y otro; al respecto nuestro libro *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005 (2ª edición).

(19) P. CRUZ VILLALÓN, que llegó a presidir el TC, estima que el recurso de amparo «le hace aparecer como un ‘verdadero’ tribunal de justicia», a la vez que «sustraer al poder judicial la última palabra en la protección de los derechos fundamentales» apelando a una ‘Drittwirkung’ basada en «una interpretación de su ley orgánica que puede ser discutida». Todo esto habría creado un «antagonismo de dirección única» facilitado porque «todas las jurisdicciones supremas en el caso de España, y a diferencia de los países de su entorno, se fusionen formalmente en único Tribunal Supremo» –*El estado del Tribunal Constitucional* «Claves de Razón Práctica» 2009 (191), pp. 6 y 8.

(20) R. ALONSO GARCÍA *El juez español y el derecho comunitario* Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 115 y 118.

(21) R. ALONSO GARCÍA considera que debió apreciarse en la STC 180/1993 y que si no se hizo fue por la actitud «tajante» del TC de «autoubicación al margen del Derecho Comunitario», que le llevaría a una «pobre lectura de las exigencias de la tutela judicial efectiva» –*El juez español y el Derecho comunitario* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2003, pp. 288 y 293.

(22) Al respecto R. ALONSO GARCÍA y J. M. BAÑO LEÓN *El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea* «Revista Española de Derecho constitucional» 1990 (10), pp. 200-209.

denuncias relacionadas con la mejor o peor aplicación del derecho comunitario» (23).

Se ha discutido si el TC no habría ya concedido amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, o no pudiera hacerlo por entender ignorado el derecho al juez predeterminado por la ley. La primera hipótesis se habría visto confirmada, al concederse amparo por no haberse formulado cuestión prejudicial ante el TJCE (24). Se ha hecho notar, sin embargo, que el TC en realidad «otorgó amparo porque el tribunal del caso había inaplicado una ley española sin haber planteado previamente la cuestión prejudicial; lo cual no es, en modo alguno, lo mismo» (25). El TC habría tratado al derecho comunitario «como mero contexto jurídico en el que se produce una vulneración de un derecho constitucional», marcando así una «relevancia», como mucho, de carácter «pasivo» o a título de «contexto»; en consecuencia la sentencia no habría «generado ningún cambio o modificación respecto al posicionamiento teórico que el TC venía sosteniendo», pero «implica el reconocimiento en la práctica» de que «puede tener relevancia constitucional» y «en este sentido» constituye «una interesante novedad», aunque parece «como si la práctica fuera por delante de la teoría» (26).

(23) M. FRAILE ORTIZ *Negativa del juez nacional a plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* (cit. nt. 12), p. 461.

(24) «La sentencia 58/2004, pese a reiterar la doctrina canónica sobre este particular, parece representar un punto de inflexión» -D. RUIZ-JARABO *Los tribunales constitucionales ante el derecho comunitario* en «La articulación entre el derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción» Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial, 2007 (95), p. 199.

(25) La sentencia STC 58/2004 por tanto «no cambia la doctrina constitucional sino que la continúa» -I. BORRAJO INIESTA *Los tribunales constitucionales ante el derecho comunitario* en «La articulación entre el derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción» Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial, 2007 (95), pp. 252 y 253.

(26) J. I. UGARTEMENDIA ECEIBARRENA, para el que «se habría dado «un paso más en la comunitarización del derecho fundamental (nacional) a la tutela judicial efectiva (una cierta comunitarización de su garantía)» y «un pequeño paso en la europeización de los derechos constitucionales», «que va en la misma dirección que la constitucionalización de la Unión Europea» -*El 'recurso' a la prejudicial (234 TCE) como 'cuestión' de amparo* (cit. nt. 11), pp. 465, 469 y 474. R. ALONSO GARCÍA prefiere hablar de «pertinencia» que de «relevancia» a la hora de plantear la cuestión prejudicial -*El juez español y el derecho comunitario* (cit. nt. 21), pp. 268 y 270.

Por si fuera poco, el presunto dique entre legalidad y constitucionalidad se hace con frecuencia notablemente poroso. Así ocurre por la existencia de *derechos fundamentales de configuración legal*, pero aún más si no olvidamos que pretender desvincular a la norma de su posible sentido la convierte en un sinsentido. El reenvío del artículo 10.2 CE a tratados y convenios internacionales como obligado criterio interpretativo del contenido de esos derechos acentuará aún más las filtraciones (27). Resulta obligado relativizar ingenuos intentos tranquilizadores, del tipo de: «la interpretación a que alude el citado art. 10.2 del texto constitucional no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales» (28).

El TC ha optado pues por admitir la «primacía» del derecho comunitario, pero dando por hecho que no cabe entenderla como «superioridad jerárquica». Intenta incluso convertir en argumento a su favor el propio juego interpretativo que la normativa comunitaria cumplirá respecto a los derechos. «Dichos preceptos, entre otros, vienen a consagrar la garantía de la existencia de los Estados y sus estructuras básicas, así como sus valores, principios y derechos fundamentales, que en ningún caso podrían llegar a hacerse irreconocibles tras el fenómeno de la cesión del ejercicio de competencias a la organización supraestatal». Precisamente el temor a que no ocurriera «justificó en etapas anteriores las reservas opuestas a la primacía del Derecho comunitario frente a las distintas Constituciones por conocidas decisiones de las jurisdicciones constitucionales de algunos Estados, en lo que ha dado en llamarse en

(27) Sin ánimo peyorativo se ha calificado de «colaboracionista» la actitud del TC al respecto, aunque apuntando que ha asumido el derecho comunitario «cuando ello no trastornaba su doctrina sino cuando venía a reforzarla» -P. PÉREZ TREMPES *La Constitución española antes y después de Niza* (cit. nt. 3), p. 277.

(28) En consecuencia, «la validez de las disposiciones y actos impugnados en amparo debe medirse sólo por referencia a los preceptos constitucionales que reconocen los derechos y libertades susceptibles de protección en esta clase de litigios, siendo los textos y acuerdos internacionales del art. 10.2 una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos» -STC 64/1991, de 22 de marzo, F.4. No ha dejado de señalarse que esta sentencia «manejó abundante legislación y jurisprudencia comunitarias, a pesar de su irrelevancia, proclamada en el fundamento jurídico 4» -I. BORRAJO INIESTA *Los tribunales constitucionales ante el derecho comunitario* (cit. nt. 25), p. 248.

la doctrina el diálogo entre los tribunales constitucionales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas» (29). Se apelará también a un entendimiento de la Carta Europea de Derechos Fundamentales que la «concibe, en todo caso, como una garantía de mínimos, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno» (30). Algo no muy distinto del «umbral mínimo e insuperable» al que se aludirá un año después en tesis y ya citada del ámbito polaco.

La realidad, sin embargo, acaba dejando en evidencia que «la idea de que el Derecho comunitario y el español son ordenamientos separados es un mito», ya que el TC «tiene muy presente el derecho comunitario y lo aplica sin decirlo», con lo que «en la práctica la Constitución española se va impregnando de derecho comunitario» (31).

Se abre pues paso la obvia presencia de un *soft law* emanado de las instituciones comunitarias (32), que acaba configurando el presunto *hard law* constitucional y no dejará de afectar a las presuntamente incólumes fronteras competenciales entre la Administración Central española y la de las Comunidades Autónomas. De nuevo el juego de sentido y norma se acaba imponiendo. La Junta de Andalucía estimará que una norma que había promulgado no tenía tanto que ver con cuestiones de «pesca marítima», ajenas a sus competencias, como con «espacios naturales protegidos» y «medio ambiente». La Administración Central, por el contrario, considerará invadidas sus propias competencias sobre

(29) Declaración 1/2004, F.3.

(30) Declaración 1/2004, F.6. Sobre las peripecias para llegar a atribuir a la Carta «el mismo valor que los Tratados» cfr. A. MANGAS MARTÍN, para quien la introducción de las excepciones británica y polaca «rompe la identidad de valores», pero «es más espectacular o mediática que real y jurídica» –Introducción a *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo* Bilbao, Fundación BBVA, 2008, pp. 66-68.

(31) I. BORRAJO INIESTA *Los tribunales constitucionales ante el derecho comunitario* (cit. nt. 25), pp. 239, 241 y 251.

(32) Un ejemplo lo constituiría, para R. ALONSO GARCÍA, la STC 224/1999, de 13 de diciembre, sobre «acoso sexual ambiental» en el ámbito laboral –*El soft law comunitario* «Revista de Administración Pública» 2001 (154), pp. 89-92.

«recursos pesqueros». El TC descubre que «en este caso, conviene tener como referencia no sólo la legislación española, sino también la comunitaria»; recuerda haber «afirmado que el Derecho comunitario no es, *per se*, canon o parámetro directo de contraste y examen de los actos y disposiciones de los poderes públicos», pero ahora admitirá también que «no es menos cierto que no cabe ignorar que la propia interpretación del sistema de distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas tampoco se produce en el vacío» (33).

Desde la perspectiva expuesta habrá que analizar la relevancia práctica que, en el control de la aplicación del derecho comunitario, cobran las exigencias del artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea. Éste señala, como es sabido, que el planteamiento de la cuestión prejudicial es facultativo para todos los órganos jurisdiccionales en general; pero su párrafo tercero lo convierte en obligatorio para los que deciden en última instancia. Esto se ha traducido en la formulación de unos tres centenares de cuestiones prejudiciales al año ¿Podrán los tribunales constitucionales atrincherarse en una condición que los haría ajenos en sentido estricto al ámbito jurisdiccional? No hay duda de que el TJCE ha optado por una interpretación más amplia, que llega a considerar como tales incluso a Consejos de Estado predominantemente consultivos (34). Menos dudoso aún es que es a él y no a los tribunales constitucionales de los Estados miembros a quien compete determinar el *sentido* de esa y de cualquier otra *norma* comunitaria. De ahí derivaría «un reforzamiento de la obligación, por parte de los tribunales de última instancia (y entre ellos los tribunales constitucionales), de acudir al tribunal de Justicia para delimitar las respectivas esferas competenciales» a través de la cuestión prejudicial (35).

Huyendo de esa confrontación, el TC obliga también a los órganos judiciales a anteponer la formulación de una cuestión prejudicial al

(33) STC 38/2002, de 14 de febrero, F.11; citando entrecomillado un presunto pasaje de la STC 102/1995, de 26 de junio, F.5, que no aparece realmente en su texto, sino que se hereda del contenido de la STC 13/1998, de 22 de enero, F.3.

(34) R. ALONSO GARCÍA no descarta que «algún día, de seguir así las cosas» acabe afectando al español -*El juez español y el derecho comunitario* (cit. nt. 21), p. 225.

(35) L. LÓPEZ GUERRA *El Poder Judicial español ante la Unión Europea* «Autonomías» 2003 (29), p. 50.

TJCE a cualquier planteamiento de cuestión de constitucionalidad ante él mismo, asumiendo así una posición de respeto e implícita superioridad semejante a la que le lleva a negar toda admisión de recurso de amparo por una presunta vulneración sobre la que antes no hayan tenido ocasión de pronunciarse los órganos judiciales.

Junto a ese aparente afán del TC por respetar el ámbito de acción del Poder Judicial, no faltará quien considere «desafortunado» el adjetivo que utiliza cuando, al abordar estos problemas, insiste en que la infracción de legislación comunitaria por normas estatales «no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales» (36). Habrá quien entienda que «da la impresión de que el Tribunal Constitucional siente amenazada su alta posición y necesita afianzarse, recalcando el carácter inferior de todo lo que no es de su competencia» (37).

La necesidad de abordar con realismo esta cuestión se ha hecho más imperiosa, cuando del mero manejo interpretativo de las normas se ha pasado a garantizar su efectividad. Ello ha llevado a plantear la posible exigencia de responsabilidad a los Estados como consecuencia de los actos de sus poderes públicos, llegando a incluir entre ellos a los órganos judiciales, con motivo del asunto Köbler de 30 de septiembre de 2003. Una cadena de resoluciones ha ido precisando ese decisivo campo de juego (38).

(36) Que por tanto habría de «resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria» - STC 45/1996, de 25 de marzo, F.6, con cita de la STC 28/1991, F.5. De hecho, al citar idéntica resolución en el F.3, el mismo TC prefiere hablar de conflicto entre normas «no constitucionales». Hay voto particular del magistrado González Campos que se remite al de los magistrados Rodríguez-Piñero y Gimeno Sendra a la STC 180/1993.

(37) De ahí que su labor haya sido «menos brillante» en el ámbito del «derecho comunitario, ante el que no ha sabido ubicarse con naturalidad», lo que «ha incidido en el proceso de integración europea, provocando confusión en los jueces y perplejidad en los litigantes» -D. RUIZ-JARABO *Los tribunales constitucionales ante el derecho comunitario* (cit. nt. 24), pp. 190 y 193.

(38) Las repasa P. MARTÍN RODRÍGUEZ, para el que Köbler es ya «la natural aplicación de una jurisprudencia consolidada» *La responsabilidad del Estado por actos judiciales en Derecho comunitario* «Revista de Derecho Comunitario Europeo» 2004 (19), p. 837; también 832-836 y 846-847.

En un ámbito donde todavía predominaba aparentemente una dimensión teórico-jurídica, la resolución de 9 de marzo de 1978, que falla el asunto *Simmenthal* marcará un hito. Deja claro que el juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del derecho comunitario está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas. Deberá dejar inaplicadas por propia iniciativa, si procede, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional (39). El TC, al aludir «a la primacía del Derecho comunitario», no dejará de referirse a la relevancia de esta resolución, «como técnica o principio normativo destinado a asegurar su efectividad» (40).

Se ha llamado la atención sobre el alcance de esta doctrina, que habría dado paso, junto al *control concentrado de constitucionalidad* en manos del TC, a un *control difuso de comunitariedad* ejercido por todo juez ordinario, lo que acabaría convirtiéndolo de modo indirecto en «juez de la ley nacional», alterando el sistema constitucional español. El TC habría perdido el «monopolio del rechazo» de leyes nacionales que tenía atribuido, que sería ahora «patrimonio de todos los jueces» que aplican derecho comunitario (41).

En España la línea abierta con el asunto *Köbler* encuentra en teoría fácil campo de juego por la vía ya existente que prevé la responsabilidad del Estado por error judicial o deficiente funcionamiento de la Administración de Justicia. Asunto distinto es que su práctica aplicación por el Tribunal Supremo permita reconocerle la exigible efectividad (42). El problema no sería exclusivamente español, sino que el no planteamiento de la cuestión prejudicial «es muy improbable que gene-

(39) R. ALONSO GARCÍA no considera casual que el Tribunal de Justicia recuerde este fallo en la posterior sentencia sobre *Ford España* de 11.VI.1989 -*Los tribunales constitucionales ante el derecho comunitario* (cit. nt. 21), p. 220.

(40) En la ya citada STC 28/1991, F.6, que tiene ocasión de recordar en su Declaración 1/2004, F.4. Sobre su alcance en relación a la previa *Costa c. ENEL* cfr. P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA y OTROS *Introducción al Derecho de la Unión Europea* (cit. nt. 7), pp. 466 y ss.

(41) L. LÓPEZ GUERRA *El Poder Judicial español ante la Unión Europea* (cit. nt. 35), pp. 41-43.

(42) E. COBREROS MENDAZONA *Incumplimiento judicial del derecho comunitario y responsabilidad del Estado* en «Integración europea y Poder judicial» Bilbao, Instituto Vasco Administración Pública, 1995, pp. 196 a 199.

re responsabilidad», al tener que demostrarse un «acto claro» para afirmar que «el órgano judicial ha transgredido grave y manifiestamente los límites impuestos a sus facultades de apreciación», a la vez que sería también «arduo probar el nexo de causalidad entre el daño y el hecho de no plantear la cuestión» (43). La situación no habría mejorado con resoluciones posteriores, como la *Comisión c. Italia* de 9.12.2003 o la *Kühne*, que configurarían una «Carta de la responsabilidad judicial» (44) de alcance problemático.

En general la postura española ha sido en cierta medida similar a la mantenida por su equivalente italiano. Esto hace que pueda acabar afectándole la insistente doctrina que pretende provocar un cambio de actitud a lo largo de un debate que dura ya casi dos decenios. Se acusa a la *Corte Costituzionale* de automarginarse, perdiendo la ocasión de expresar la voz del ordenamiento constitucional italiano en el ámbito de los juicios comunitarios y se sugiere que podría acabar pagándolo muy caro. El ordenamiento europeo enuncia de modo muy genérico valores constitucionales generalmente compartidos, de modo más vago que las Constituciones nacionales. Precisamente por ello, al depender del TJCE la efectividad de la Carta de Derechos, convendría encontrarse entre sus interlocutores, evitando una homogenización que no respete las peculiaridades nacionales. Habría que intentar que la Constitución italiana tuviera voz en Europa y el recurso a la cuestión prejudicial podría así convertirse en factor constructivo del sustrato constitucional europeo (45).

(43) «La jurisprudencia Köbler no constituye ningún eslabón de cierre, sino que alumbraba algunas de las principales deficiencias que el sistema diseñado por el TJ padece» -P. MARTÍN RODRÍGUEZ *La responsabilidad del Estado por actos judiciales en Derecho comunitario* (cit. nt. 38), pp. 860, 861 y 866.

(44) A juicio del propio P. MARTÍN RODRÍGUEZ, que duda si nos encontramos ante una muestra de «extrema audacia» o ante un grave resbalón» del TJCE -en su trabajo posterior: *La revisión de los actos administrativos firmes: ¿un nuevo instrumento de garantía de la primacía y efectividad del derecho comunitario? Comentario a la sentencia del TJCE de 13 de enero de 2004* «Revista General de Derecho Europeo» 2004 (5), pp. 3 y 1.

(45) M. CARTABIA *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea* (Nicoló Zanon ed.) Napoli-Roma, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, pp. 118-120. A Pedro J. Tenorios debo agradecer interesantes sugerencias al respecto, que tanto me orientaron en los primeros compases de este trabajo.

También en España se criticará al TC, porque su inhibición debilitaría «el carácter ‘comunitario’ del derecho comunitario», lo que podría «incidir en una (contracomunitariamente) distinta o diferente aplicación» (46). No faltarán, sin embargo, quienes adviertan cómo de modo paulatino el TJCE va defendiendo con mayor firmeza la garantía de su ámbito de acción, tras años de extremar su preocupación por evitar conflictos con los órganos judiciales de los Estados (47). Aun admitiendo que «el TC español se ha caracterizado siempre por su incapacidad (o falta de voluntad) a la hora de entablar un discurso con el TJCE», con una «postura renuente en relación al derecho comunitario», se ha creído detectar una «nueva suerte de diálogo entre jurisdicciones, donde el TC ya no sería un interlocutor aislado» (48), al hilo de aspectos concretos. Sirva de ejemplo la repercusión interna de la doctrina comunitaria sobre discriminación inversa, al haber considerado el Estado español aplicable la fiscalidad de sus territorios forales a los ciudadanos comunitarios, pero a no a los españoles de otras de sus Autonomías.

Parece, en cualquier caso, razonable reconocer que «aumenta la tensión entre ambos ordenamientos porque se amplían los ámbitos materiales de regulación coincidentes». Esto nos situaría dentro de un proceso de «más *constitucionalización comunitaria*» y «menos *constitucionalización interna*» (49).

El TC ha seguido manteniendo su postura y remitiendo el problema a la relación entre los órganos judiciales y el TJCE: «no nos corresponde controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario europeo, pues este control compete

(46) J. I. UGARTEMENDIA ECEIBARRENA *El ‘recurso’ a la prejudicial (234 TCE) como ‘cuestión’ de amparo* (cit. nt. 11), pp. 468 y 454. R. ALONSO GARCÍA insiste también en la conveniencia de que el TC asuma la condición de órgano jurisdiccional de última instancia - *Justicia constitucional y Unión Europea* (cit. nt. 15), pp. 22-23, 50.

(47) Se trataría de una «bien meditada política comunitaria que manifiesta una buena dosis de contención y no beligerancia», pero no excluye «una posible variación de criterio» -E. COBREROS MENDAZONA *Incumplimiento judicial del derecho comunitario y responsabilidad del Estado* (cit. nt. 42), p. 173.

(48) D. SARMIENTO *Discriminaciones inversas comunitarias y Constitución española* «Revista Española de Derecho Europeo» 2005 (15), pp. 400, 405-406 y 411.

(49) P. PÉREZ TREMPES *La Constitución española antes y después de Niza* (cit. nt. 3), pp. 294 y 293.

a los órganos de la jurisdicción ordinaria, en cuanto aplicadores que son del Ordenamiento comunitario, y, en su caso, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a través del recurso por incumplimiento»; reafirma así sus sentencias de veinte años antes (50).

En conclusión, no faltan razones para apoyar doctrinalmente la postura del TC (51). A mayor abundamiento, la experiencia de sus tensas relaciones con el Tribunal Supremo, que le acusa de haberse erigido innecesariamente en nueva y última instancia jurisdiccional, no animará al TC a autodefinirse como tal formulando cuestiones prejudiciales al TJCE. Por si fuera poco, ello multiplicaría aún más el agobio que hoy le producen los recursos de amparo, cuyo incremento se esfuerza por neutralizar con poco éxito. No parece descartable que fuera esta misma razón la que llevara a convertir en facultativa la presentación de cuestiones prejudiciales ante el TJCE por los órganos jurisdiccionales que emiten resoluciones susceptibles de recurso, defendiéndose de similares agobios. A nadie podrá extrañar pues que el TC siga suscribiendo una inhibición, que pretende hacer olvidar las disfunciones internas del sistema español de control de constitucionalidad. Sobre todo, si ello le ahorra a la vez, en línea con su Declaración 1/2004, hacer excesivamente ostensible el coste real que la primacía del derecho comunitario implica para la Constitución cuya defensa justifica su propia existencia.

(50) En consecuencia, «la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es, así pues, una cuestión de carácter infraconstitucional, y por ello excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucional» -STC 41/2002, de 25 de febrero, F.2.

(51) Particularmente comprensivo al respecto se muestra S. ORTIZ VAAMONDE *El Tribunal Constitucional ante el derecho comunitario* «Revista Española de Derecho Constitucional» 2001 (21), pp. 317, 323, 330 y 337.