

Una reflexión sobre la primacía del Derecho europeo, la aplicación judicial de la norma y la producción legislativa

MARCOS MARCO ABATO

Magistrado-Juez de lo contencioso-administrativo.

Resumen

El presente trabajo lleva a cabo, desde la experiencia práctica, un análisis de la transformación que el derecho de la Unión Europea está provocando sobre el derecho administrativo existente, situación no exenta de tensión en el seno de un sistema de revisión jurisdiccional de la actividad administrativa cuyo diseño inicial no recogía el papel del juez nacional como juez comunitario. Obviamente, la cuestión no es baladí al afectar, entre otros aspectos, al prestigio y reconocimiento de la ley nacional, a la seguridad jurídica, a la mutación del papel del juez en un estado constitucional y al derecho de las partes a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

Resum

Aquest treball du a terme, des de l'experiència pràctica, una anàlisi de la transformació que el dret de la Unió Europea està provocant sobre el dret administratiu existent, situació no exempta de tensió en el si d'un sistema de revisió jurisdiccional de l'activitat administrativa el disseny inicial del qual no arrebegava el paper del jutge nacional com a jutge comunitari. Òbviament, la qüestió no és fútil en afectar, entre altres aspectes, el prestigi i reconeixement de la llei nacional, la seguretat jurídica, la mutació

del paper del jutge en un Estat constitucional i el dret de les parts a la tutela judicial efectiva i a un procés amb totes les garanties.

Sumario

- I. Introducción.
- II. La distorsión del valor de la Ley de la mano del Derecho europeo.
- III. Juez ordinario, norma comunitaria y Constitución.
- IV. Derecho europeo y mutación constitucional.
- V. El desplazamiento de la norma interna contraria al Derecho de la UE.
- VI. La introducción de mecanismos correctores para paliar disfunciones en el sistema: régimen de recursos y perfeccionamiento de la producción normativa.
 1. Reforma de la casación y mejora aplicativa del Derecho de la UE.
 2. Mejora de la producción normativa y reducción de las antinomias entre el Derecho de la Unión y el Derecho nacional.

I. Introducción

Estas reflexiones surgen de la constatación cotidiana de cómo la incidencia del derecho de la Unión Europea está modificando el derecho administrativo existente y como esa transformación supone crecientes tensiones en el seno de un sistema de revisión jurisdiccional de la actividad administrativa cuyo diseño inicial se encontraba lejos de recoger el papel del juez nacional como juez comunitario y mucho menos de establecer mecanismos procesales suficientemente efectivos para controlarlo.

No se trata de un trabajo académico y para no decepcionar al lector se deberá aclarar que únicamente pretende describir los problemas que plantea la aplicación del derecho comunitario a los órganos jurisdiccionales y recordar algunas de las aportaciones doctrinales que se han producido al respecto.

Quizás la complejidad del asunto haya afectado a la claridad de lo expuesto, pero tenemos la esperanza de que no haya ocurrido así, sin que pueda dejar de pensar en aquel profesor de Economía que en sus primeras clases les decía a sus alumnos: «unos días explico con claridad y sistemática, para que se me entienda, y otros farragoso y oscuro, para que no descienda el nivel de la enseñanza».

La cuestión que se expone resulta ciertamente complicada ya que entre otras cosas atañe al prestigio y reconocimiento de la ley nacional, a la seguridad jurídica, a la mutación del papel del juez en un estado constitucional y al derecho de las partes a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

A la postre se trata de un asunto en el que existe un amplio margen de mejora, bien reduciendo en las propias fuentes de la producción normativa los supuestos de colisión entre norma nacional y norma europea, bien extremando en el seno del procedimiento judicial la motivación de las resoluciones llamadas a seleccionar la norma aplicable, o bien mediante un buen régimen de recursos jurisdiccionales.¹

¹ Debo agradecer a M^a José Alonso Más, profesora de derecho administrativo en la Universidad de Valencia, y a Miguel Tell Cremades, letrado del parlamento europeo, la lectura del presente trabajo que es tributario de sus atinadas observaciones.

II. La distorsión del valor de la Ley de la mano del Derecho europeo

La práctica jurisdiccional permite apreciar que son cada vez más frecuentes las situaciones de conflicto entre la normativa comunitaria y la norma nacional, situación que cuando afecta a actos o disposiciones con rango de ley sitúa al juez ante el reto de armonizar los principios de primacía del derecho comunitario y de supremacía de la constitución, lo cual no puede conducir a que se desatienda ni el papel de la ley en el sistema de fuentes como expresión de la voluntad popular ni tampoco las exigencias de vigencia de la normativa comunitaria.

Esta necesidad de armonización supone claras tensiones que afectan a la cualidad del «valor de ley»,² condición que en el sistema tradicional de fuentes excluía la fiscalización de la norma legislativa por parte del poder judicial ordinario, haciéndola premisa y no objeto del enjuiciamiento.³

El procedimiento de revisión de la constitucionalidad de la ley que se estableció por la constitución española de 1978, supuso la opción por un control de constitucionalidad concentrado, atenuado por el posible planteamiento de la inconstitucionalidad de la norma por la vía de la cuestión prejudicial constitucional. En esa configuración la norma con fuerza de ley es únicamente el presupuesto del enjuiciamiento y por tanto queda excluida de la revisión jurisdiccional ordinaria, entendiendo por esta última la totalidad del proceso que comprende el análisis de la conformidad de la norma legal a la constitución y su ulterior declaración de nulidad o inaplicación con carácter general en el caso de no ser conforme a la ley fundamental.

Todo esto debe matizarse recordando que desde los mismos inicios del sistema de control de la constitucionalidad se puso de manifiesto

² La doctrina italiana ha distinguido entre la eficacia de la ley y la cualidad del valor de ley, entendida la primera como irresistibilidad a los mandatos de la norma y la segunda como imposibilidad de cuestionar la validez de la misma. (Sandulli), desde una perspectiva crítica con el uso del concepto vide Rubio Llorente, F.: «Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley (Sobre el problema del concepto de Ley en la Constitución) (1)», *RAP*, 100-102, p. 423.

³ Blanco Valdés, R. L.: *El valor de la constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 1994.

que existía un importante ámbito de la actividad jurisdiccional en el que al juez ordinario, a través de su función de establecer la ley aplicable, le correspondía efectuar un juicio positivo de conformidad de la ley con la constitución, supuesto que es el habitual en la tarea aplicativa del ordenamiento, o la realización de un juicio hipotético de inconstitucionalidad, que daría necesariamente lugar al planteamiento de la cuestión por la vía del artículo 163 CE. Ambos supuestos implicaban poner en cuestión lo que se había conceptualizado hasta el momento como infiscabilidad judicial de la ley.

Junto a ello en los primeros años de la vigencia de la nueva constitución adquirió especial relevancia la obligación del juez ordinario de inaplicar las leyes contrarias a la constitución anteriores a la misma que se veían afectadas de inconstitucionalidad sobrevenida, en garantía de la eficacia de la disposición derogatoria tercera de la ley fundamental. Esto dio lugar a una evidente ampliación del ámbito de la decisión judicial con el refuerzo de la posición del juez como garante del valor normativo de la constitución, lo que por otra parte tuvo la cualidad de anticipar la vigencia efectiva de la nueva constitución, frente a lo que hubiese sido la solución decimonónica de que fuera el legislador quien a través de la promulgación de nuevas leyes hiciera progresivamente efectivo el contenido material de la ley fundamental.

Durante el primer periodo de la vigencia del orden constitucional restaurado por la constitución de 1978 nuestro ordenamiento participaba en alguna medida de la simplicidad del sistema anterior con la reducción de los problemas relativos a la dinámica del sistema jurídico a las relaciones entre derecho interno y derecho internacional, pero tal situación no podía perdurar en tanto que la constitución incorporaba el bosquejo y los cimientos de un ordenamiento jurídico complejo definido tanto por la instauración de una pluralidad de centros de producción normativa como de una multiplicidad de formas legislativas, lo que suponía que las normas primarias, reguladoras del sistema de fuentes adquirirían una mayor importancia y dificultad de uso.

La opción por un modelo territorial descentralizado y también el establecimiento de otros sistemas normativos menores, como pudiera ser la previsión de sub-ordenamientos en garantía de derechos fundamentales,⁴ conllevaba una alteración esencial del sistema de normas que introducía junto al principio de jerarquía y como nuevos elementos básicos del sistema de fuentes los principios de competencia y de reservas normativas.

El esquema originario se vio a su vez incrementado en su heterogeneidad, con la incorporación del Estado español como estado miembro de la CEE, situación que el constituyente había previsto y a la que había dado cauce constitucional por la vía del artículo 93 de la CE, dictándose posteriormente la ley orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la integración de España en las comunidades europeas.

A diferencia de lo que había conllevado la mecánica clásica de aplicación del ordenamiento internacional la alteración que produjo la incorporación del derecho de la Unión al derecho nacional tiene unos efectos mucho más profundos y perpetuados en el tiempo y en ello incide la particular naturaleza del ordenamiento europeo derivada de la propia singularidad de la UE, que lejos de ser una simple organización internacional constituye una «Unión» en un proceso de vinculación cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa y a la que los estados miembros atribuyen competencias para alcanzar sus objetivos comunes, con la intención de crear una ciudadanía común a los nacionales de los estados miembros.⁵

En palabras del Tribunal de Justicia –sentencia de 23 de abril de 1986, asunto *Les Verts*, (asunto 294/1983), apartado 23– se trata

4 Así surgió por ejemplo como consecuencia de la interpretación constitucional dada por la STC 26/1987, de 27 de febrero, sobre la autonomía universitaria como derecho fundamental.

5 Artículo 1 y Preámbulo del Tratado de la Unión Europea. El debate sobre la naturaleza los tratados y las instituciones europeas se muestra como una suerte de cuestión inextinguible, probablemente en la medida en que no se puedan describir los límites de un proceso que se encuentra en continuo estado de evolución, lo que constituye en realidad la esencia de tan insólita institución. En aras a facilitar su inteligencia valga como referente la conceptualización de la Unión como «una suerte de federalismo internacional.» Mangas Martín, A., Liñán Nogueras, D. J.: «Instituciones y derecho de la Unión Europea». Madrid, Mc Graw Hill, 1999, p. 211.

de «una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado», con un «sistema completo» de control jurisdiccional de modo que «cuando la aplicación administrativa de estos actos compete a las instituciones comunitarias, las personas físicas y jurídicas pueden interponer un recurso directo ante el Tribunal de Justicia contra los actos de aplicación de que sean destinatarias o que les afecten directa e individualmente e invocar, en apoyo de este recurso, la ilegalidad del acto general de base. Cuando su ejecución sea competencia de las instancias nacionales, aquéllas pueden alegar la invalidez de los actos de alcance general ante los órganos jurisdiccionales nacionales e inducirles a consultar al Tribunal de Justicia a este respecto mediante las cuestiones prejudiciales».

La garantía de la vigencia tanto del derecho originario como del derivado se articula como un sistema de jurisdicción concentrado en torno al Tribunal de Justicia pero con el concurso también de elementos difusos⁶ en tanto que el control de la aplicación por los estados miembros corresponde en gran medida a los jueces nacionales que operan como juez comunitario, generalmente en colaboración con el Tribunal de Justicia a través del planteamiento de la cuestión prejudicial pero también de una manera directa en los supuestos en que la jurisprudencia comunitaria ha admitido que el juez nacional no está obligado a promover la cuestión prejudicial.⁷

⁶ Fernández Esteban, M. L.: «La noción de constitución europea en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», Revista Española de Derecho Constitucional, año 14, 40, enero-abril 1994, p. 261.

⁷ Como es bien conocido que sucede desde la perspectiva de la doctrina llamada del «acte clair» o acto claro elaborada por el Tribunal de Justicia UE (TJCE Asunto C-28/81 p.16) a la luz del Artículo 234, tercer párrafo, del tratado constitutivo lo que lleva a apreciar que el juez nacional no está obligado a plantear la cuestión o cuando, «acto aclarado», resulta evidente que el Tribunal ya ha abordado y decidido las cuestiones de derecho que se alegan, incluso cuando el asunto no es idéntico (TJCE Asunto C-283/81, CILFIT). En la actualidad vide el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

Y si bien no se puede hablar de una subordinación del sistema jurisdiccional nacional al europeo, sino de una relación de colaboración mutua, es precisamente ese carácter de comunidad de derecho y la garantía de su propia existencia y de la seguridad jurídica lo que vincula al juez nacional a la interpretación dada por el tribunal de justicia de la norma comunitaria.

III. Juez ordinario, norma comunitaria y Constitución

La coexistencia de dos ordenamientos, en un proceso hacia la integración de estados sin precedentes en nuestro contexto histórico más próximo, plantea el problema de la relación entre ordenamiento constitucional y ordenamiento europeo lo que a su vez obliga a cuestionarse cómo se realiza la vinculación en la cúspide de la jerarquía normativa entre dos subsistemas jurídicos que si bien desde una perspectiva estática son autónomos, en su vertiente dinámica se encuentran en una permanente interrelación regida por el principio de primacía del derecho comunitario pero con la obligación de asegurar el respeto al principio de la supremacía de la constitución.

Este problema quizás debería ser objeto de una clarificación conceptual básica más propia del ámbito doctrinal que del jurisprudencial, que por su propia naturaleza aborda una realidad fragmentada, pero difícilmente pueden establecerse unas categorías generales respecto de una realidad cuyos datos positivos, fundamentalmente los Tratados, se ven sujetos a una frecuente fluctuación que rehúye el establecimiento de definiciones claras y generales que serían difícilmente asumibles por la totalidad de los involucrados, y que curiosamente son mejor aceptadas cuando se formulan de modo implícito, de lo que constituyen buena muestra las vicisitudes por las que pasó el tratado por el que se establece una constitución para Europa y la aprobación final del tratado de Lisboa.

Es por ello que la interrelación de ambos sistemas se encausa principalmente por la vertiente de la creación pretoriana, más casuística y concreta, pero que va tanteando el camino de la integración jurídica

entre lo que puede considerarse materialmente una constitución europea y las propias leyes fundamentales nacionales.

Un hito básico de esa trayectoria pasa por el establecimiento de las condiciones a través de las que el juez nacional debe proceder a la inaplicación de la ley contraria a la norma comunitaria, respetando a su vez el valor de la norma legislativa como expresión de la soberanía en un contexto en el que ese antiguo elemento esencial de los estados ha sido autolimitado, voluntaria y constitucionalmente, para facilitar el proceso de integración europea.⁸

En el ámbito constitucional español esta cuestión tan capital ha tenido una maduración judicial que ha ido desde un primer momento de negación de la relevancia constitucional de la aplicación del derecho europeo, pasando por un segundo estadio en el que se aprecia que esa

⁸ Como recordaba la STC 215/2014, de 18 de diciembre (fundamento jurídico 3): «aquella operación de cesión comporta «una determinada limitación o construcción, a ciertos efectos, de atribuciones y competencias de los poderes públicos españoles» (DTC 1/1992, de 1 de julio, FJ 4). Aunque sin olvidar que «la supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos» (DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4).

Así, desde la incorporación de España a las Comunidades Europeas «se integró en el Ordenamiento español un sistema normativo autónomo, dotado de un régimen de aplicabilidad específico, basado en el principio de prevalencia de sus disposiciones propias frente a cualesquiera del orden interno con las que pudieran entrar en contradicción» (DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4; y STC 100/2012, de 8 de mayo, FJ 7; y en sentido parecido, STC 26/2014, de 13 de febrero, FJ 3).

De acuerdo con lo anterior, la relación entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho nacional se rige por el principio de primacía [SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 6; 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a); 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 4; 120/1998, de 15 de junio, FJ 4; 58/2004, de 19 de abril, FJ 10; 145/2012, de 2 de julio, FJ 5; y 239/2012, de 13 de diciembre, FJ 5], conforme al cual, las normas de la Unión Europea «tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente» (DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4; y STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 5), pues no sólo «forman parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento», sino que tienen un «efecto vinculante», de manera que opera «como técnica o principio normativo» destinado a asegurar su efectividad [SSTC 145/2012, de 2 de julio, FJ 5; y en sentido parecido SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 6; y 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a)].»

función aplicativa jurisdiccional puede traducirse en una vulneración del derecho fundamental del artículo 24 CE-STC 58/2004, de 19 de abril-para plantearse en una última fase la situación de conflicto entre los estándares de garantía de los derechos fundamentales en ambos ordenamientos, problemática que atañe a la complicada relación entre constitución y norma europea, lo que constituye la esencia del asunto Melloni y de la posterior STC 26/2014, de 13 de febrero.

Así, la jurisprudencia del tribunal constitucional venía señalando desde sus inicios que la aplicación del derecho europeo era una «cuestión infraconstitucional» y ello en la medida en que como señala la STC 215/2014, de 18 de diciembre, recordando resoluciones anteriores, a pesar de que la vinculación entre el derecho nacional y el derecho de la unión europea, se encuentra «instrumentada, con fundamento del art. 93 CE y en el Tratado de adhesión» (STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a), ello no significa que en virtud de ese precepto «se haya dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales» (SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 4; 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a; y 134/2011, de 20 de julio, FJ 6), ni que el Derecho comunitario, originario o derivado, constituya canon de la constitucionalidad de las normas con rango de ley (SSTC 235/2000, de 5 de octubre, FJ 11; 12/2008, de 29 de enero, FJ 2; y 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 12; y en sentido parecido, SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14; y 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5)».

Fue con la sentencia 58/2004, de 19 de abril, en lo que se consideró una decisión histórica,⁹ cuando quedó claro que a pesar de que el artículo 177 TCE no integraba el canon de la constitucionalidad la función aplicativa del derecho europeo tendría relevancia constitucional en la medida que pudiera incidir sobre el derecho a la tutela judicial efectiva o a un proceso con todas las garantías. Con ello venía a reconocerse que en determinadas condiciones

⁹ Baño León, J. M^a.: «El tribunal constitucional, juez comunitario: amparo frente a los planteamientos de cuestión prejudicial (STC 58/2004)», *Revista de derecho comunitario europeo*, año 8, 18, mayo-agosto 2004.

procesales, y desde la perspectiva del control de constitucionalidad, el desconocimiento de la primacía del derecho europeo «puede suponer una selección irrazonable y arbitraria de la norma.»

Desde entonces la jurisprudencia constitucional ha ahondado sobre los requisitos que deberán respetar los órganos jurisdiccionales españoles que se ven conducidos en los correspondientes litigios a efectuar el juicio de contraste entre norma nacional y norma europea y que en caso de que aprecien la contrariedad deben recurrir al desplazamiento de la norma interna transgresora, todo ello a fin de garantizar que el juez en el ejercicio de su prerrogativa de selección de la norma aplicable a la controversia no acabe lesionando el derecho de las partes a la tutela judicial efectiva.

Para ello hay que tener en cuenta que la principal garantía de la correcta aplicación del derecho de la Unión se encuentra en la obligación que pesa sobre el juez nacional de última o única instancia de recurrir a la cooperación con el Tribunal de Justicia, con el planteamiento de la cuestión prejudicial a fin de que éste se pronuncie tanto sobre la interpretación de los tratados y del derecho derivado (cuestiones de interpretación) como sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión (cuestiones de apreciación de la validez).

El problema surge cuando el órgano jurisdiccional resuelve el conflicto apreciando que la norma nacional que en principio resultaba aplicable es contraria al derecho comunitario y lo hace eludiendo el diálogo con el Tribunal de Justicia obviando con ello el planteamiento de la correspondiente cuestión prejudicial, circunstancia particularmente onerosa cuando la norma en cuestión tiene rango de ley.

Hay que recordar en este punto que el art. 267 de TFUE configura el cauce de esa interlocución de tal manera que el órgano jurisdiccional «deberá» en unos casos y en otros «podrá» pedir el pronunciamiento del Tribunal sobre la cuestión «si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir el fallo».

Si bien inicialmente la naturaleza de la facultad/obligación de plantear la cuestión parecía hacer referencia exclusiva al hecho de que se tratara o no de un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, el alcance de esta potestad se ha ido dibujando con mayor precisión por el Tribunal de Justicia cuando estableció en la sentencia de 27 de marzo de 1963 (caso Da Costa y otros (asuntos acumulados 28/62 a 30/62) la llamada doctrina del acto aclarado, según la cual la obligación de los jueces nacionales de plantear la cuestión prejudicial, adquiriría a pesar de la literalidad del artículo 177 TCE carácter facultativo en aquellos casos en que «la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo».

No por bien conocida se puede dejar de recordar la salvedad de que los tribunales nacionales no tienen jurisdicción para declarar inválidos actos adoptados por la unión por lo que la consulta al TJUE resultará siempre obligatoria. Buen ejemplo de ello lo constituye la STJUE de 22 de octubre de 1987 (asunto Foto-Frost, 314/85)¹⁰ en la que se concluye con claridad que «los órganos jurisdiccionales nacionales no son competentes para declarar por sí mismos la invalidez de los actos de las instituciones comunitarias».

10 La sentencia en sus párrafos 16 al 18 fundamenta la respuesta sobre las siguientes premisas: «... Es importante recordar a este respecto que la remisión prejudicial para que se aprecie la validez de un acto constituye, de la misma manera que el recurso de anulación, una modalidad del control de legalidad de los actos de las instituciones comunitarias. Tal como este Tribunal de Justicia señaló en su sentencia de 23 de abril de 1986 (Partido ecologista «Los Verdes»/Parlamento Europeo, 294/83, Rec. 1986, p. 1339 y ss.), «en sus artículos 173 y 184, por una parte, y en su artículo 177, por otra, el Tratado establece un sistema completo de tutela jurisdiccional y de procedimientos destinado a confiar al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de los actos de las instituciones». 17) Dado que el artículo 173 atribuye competencia exclusiva al Tribunal de Justicia para anular un acto de una institución comunitaria, la coherencia del sistema exige que la facultad de declarar la invalidez del mismo acto, si se plantea ante un órgano jurisdiccional nacional, esté reservada asimismo al Tribunal de Justicia. 18) Procede por otra parte subrayar que es el Tribunal de Justicia el que está en mejores condiciones para pronunciarse sobre la validez de los actos comunitarios»...

Anteriormente, en la sentencia de 6 de octubre de 1982, asunto CILFIT (C-283/81),¹¹ el TJUE había indicado, por lo que aquí respecta, que el planteamiento de la cuestión prejudicial no resulta necesario en tres supuestos: 1) en los que no sea pertinente, esto es que no guarde una relación imprescindible para la resolución del asunto. 2) cuando el significado y alcance del acto comunitario sea claro. 3) cuando haya sido aclarado en decisiones previas. Estas tres circunstancias constituirían las excepciones «al imperativo de remisión».¹²

En ese contexto el problema de la relación entre el juez ordinario y derecho europeo obliga a establecer qué mecanismos de reacción existen frente a la inaplicación de una ley interna por un juez nacional sin el recurso al planteamiento prejudicial cuando según el derecho de la Unión esta consulta «se imponía en términos obligatorios».¹³ Para

11 La sentencia CILFIT concluía: «El párrafo tercero del artículo 177 del Tratado CEE debe ser interpretado en el sentido de que un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, cuando se suscita ante él una cuestión de Derecho comunitario, ha de dar cumplimiento a su obligación de someter dicha cuestión al Tribunal de Justicia, a menos que haya comprobado que la cuestión suscitada no es pertinente o que la disposición comunitaria de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia o que la correcta aplicación del Derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna; la existencia de tal supuesto debe ser apreciada en función de las características propias del Derecho comunitario, de las dificultades particulares que presenta su interpretación y del riesgo de divergencias de jurisprudencia en el interior de la Comunidad».

12 Juana Morcillo Moreno, «El planteamiento de la cuestión prejudicial a la luz de la jurisprudencia europea y constitucional: ¿facultad o deber?», en *Revista de Administración Pública*, número 185, mayo-agosto 2011, página 233. En este trabajo se narra cómo el proceso de consolidación de la doctrina del tribunal de justicia ha sido laborioso y como la conclusión alcanzada en CILFIT se mostraría como un compromiso entre los defensores de la teoría del acto claro y los de la teoría del reenvío automático. Para la autora la diferenciación entre el «derecho al reenvío» y la «obligación de reenvío» no debería operar tanto en función de la posibilidad de atacar en el derecho interno las decisiones jurisdiccionales (resultando facultativo el planteamiento como regla general y obligatorio en el caso de los órganos de última instancia) como de la necesidad del planteamiento de la cuestión ante el tribunal de justicia no tanto por la condición de última instancia del órgano jurisdiccional nacional competente, sino por el carácter imprescindible de la cuestión o la existencia de una duda real, con independencia de la instancia procesal de que se trate, de tal modo que únicamente sería obligatoria «cuando existiera una dificultad real en la interpretación del derecho comunitario, insalvable por el propio órgano nacional, fuera o no de última instancia».

13 Alonso García, R.: «Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)».

contestar la cuestión es preciso acudir a la ya abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el tema.

La STC 173/2002, de 9 de octubre había establecido –siguiendo el precedente remoto de la STC 23/1988, de 22 de febrero– que no cabe en nuestro ordenamiento la inaplicación de una norma con fuerza de ley sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad mediante resolución motivada y con audiencia de las partes, de tal modo que «ignorar estas reglas, constitucionales y legales, supone, en definitiva, no sólo menoscabar la posición ordinamental de la ley en nuestro Derecho y soslayar su singular régimen de control, sino privar también al justiciable de las garantías procedimentales (como la de la previa audiencia...), sin cuyo respeto y cumplimiento la ley aplicable al caso no puede dejar de ser, en ningún supuesto, inaplicada o preterida».

La sentencia concluyó que en el caso se daba una extralimitación por parte del órgano judicial, ya que «si estimaba la Ley inconstitucional (bien que por motivos distintos a aquéllos por los cuales había sido declarada constitucional en su día, concretamente por la STC 296/1994, de 10 de noviembre), venía obligado a suscitar la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, y, si no lo estimaba así, supuesto en el que obviamente no compelido a plantear la cuestión, debía limitarse a aplicarla. No cabe un tercer término».¹⁴

Basándose entre otros en este antecedente se dictó la STC 58/2004, de 19 de abril, que ciertamente versaba sobre un supuesto extremadamente singular en el que el la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Tribunal Superior de Justicia sentenciadora había inaplicado una ley interna contraria al derecho comunitario sin haber planteado la previa y obligatoria cuestión prejudicial comunitaria, con la particularidad de que al hacerlo así el tribunal sentenciador se separaba además de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, que había declarado previamente la compatibilidad de la ley autonómica con la

14 Fundamento jurídico 10.

directiva de aplicación, decisión que había fundado en la sentencia de 26 de junio de 1997 del propio Tribunal de Justicia.

El Tribunal Constitucional en esta resolución varió, o quizás más bien matizó, anteriores precedentes denegatorios del amparo por omisión del planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria por considerar que la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales tiene carácter infraconstitucional por lo que queda excluida del recurso de amparo,¹⁵ de tal modo que el artículo 177 del TCE,¹⁶ se consideraba ajeno al canon de constitucionalidad.¹⁷ Todo ello sin que quepa formular recurso de amparo frente a normas o actos de las instituciones comunitarias, ya que el recurso únicamente procede respecto de las actuaciones de los poderes públicos internos.¹⁸ En otras ocasiones el amparo había sido denegado al considerar que la decisión correspondía «de forma exclusiva e irreversible, al órgano judicial que resuelve el litigio».¹⁹ En todo caso se consideraba que no pertenecía al ámbito de la jurisdicción constitucional la salvaguardia del respeto de las normas del derecho europeo, por existir en ese ordenamiento «órganos y procedimientos adecuados a este fin».²⁰

15 STC 28/1991, de 14 de febrero, fundamento jurídico 4.

16 Actual artículo 267 TFUE.

17 La STC 28/1991, de 14 de febrero señalaba en su fundamento jurídico 5: «Es evidente que ni el tratado de adhesión a las comunidades europeas ni el derecho de estas integra, en virtud del referido art. 96.1, el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes del estado español. Ningún tratado internacional recibe del art. 96.1 de la constitución más que la consideración de norma que, dotada de la fuerza pasiva que el precepto le otorga, forma parte del ordenamiento interno; de manera que la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de estas y que, por tanto, deba ser resuelto por el tribunal constitucional (STC 49/1988, fundamento jurídico 14, in fine), sino que, como puro problema de selección del derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan».

18 STC 64/1991, de 22 de marzo, fundamento jurídico 4.

19 STC 180/1993, de 31 de mayo, fundamento jurídico 2: «A semejanza de lo que acontece en las cuestiones de inconstitucionalidad [STC 17/1981, 133/1987 y 119/1991], la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde, de forma exclusiva e irrevisable, al órgano judicial, y no impide la defensa del derecho fundamental de las partes ante este Tribunal ya que éstas disponen, a tal fin, del recurso de amparo».

20 STC 143/1994, de 9 de mayo, fundamento jurídico 8.

Pues bien la sentencia 58/2004 viene a concluir que la omisión de la consulta al Tribunal de Justicia supone «desconocer las garantías que integran el contenido del proceso debido...».²¹ Para establecer esa conclusión se afirma en el fundamento jurídico 11 de la sentencia una premisa particularmente relevante para la aplicación judicial del derecho europeo y es que la ponderación judicial debe estar fundada en criterios intersubjetivos estableciendo su motivación en contraste con lo argumentado previamente al respecto por otros órganos jurisdiccionales. Así se concluye que «...el eventual juicio de incompatibilidad de una norma legal interna con el Derecho comunitario no puede depender exclusivamente de un juicio subjetivo del aplicador de Derecho, esto es, de su propia autoridad, sino que debe estar revestido de ciertas cautelas y garantías...».

La sentencia, en el contexto tan particular planteado por la demanda de amparo, concluyó que «la existencia de una previa Sentencia interpretativa del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no excusa del nuevo planteamiento de la cuestión prejudicial, cuando un órgano judicial utiliza los criterios interpretativos fijados en un sentido que conduce a una conclusión contraria a la expresada por los restantes órganos judiciales.»²²

Como se señaló en aquel momento la STC 58/2004, al encontrar un vínculo entre la inconstitucionalidad y la aplicación del derecho de la Unión, abría la puerta a considerar una serie de escenarios en los que las facultades judiciales en torno al planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria podían acabar lesionando el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías.

21 Fundamento jurídico 9.

22 Posteriormente la STC 145/2012, de 2 de julio, consideró que la sala sentenciadora había llevado a cabo una selección irrazonable y arbitraria de la norma aplicable al proceso vulnerando el artículo 24.1 de la CE al limitar el tiempo los efectos de un pronunciamiento previo del tribunal de justicia (sentencia de 17 de julio de 2008) confiriéndole tan sólo efectos ex nunc, argumentando que la sentencia europea era posterior a la resolución sancionadora recurrida. Para el tribunal constitucional las resoluciones judiciales impugnadas desconocían el principio de primacía del derecho de la Unión Europea en tanto que obliga a los jueces y tribunales nacionales aplicar la norma prevalente, así como el carácter ejecutivo de las sentencias del tribunal de justicia.

Así podían darse distintas disfunciones respecto al artículo 24.2 CE con trascendencia constitucional, como sucede en los casos de la falta de motivación de la decisión de no formular la cuestión prejudicial, la omisión del planteamiento cuando concurren dudas razonables sobre el posible conflicto interordinamental, la aplicación o inaplicación del derecho interno en contra de la interpretación del tribunal de justicia sin plantear la cuestión o la inaplicación de la norma comunitaria sin recurrir a la cuestión prejudicial de validez.²³

En realidad el supuesto resuelto no acababa de establecer qué sucedía en aquellos casos en los que el planteamiento de la cuestión prejudicial no resultaba exigible en términos obligatorios según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En tal sentido se cuestionó que la sentencia viniera a excluir la competencia del juez ordinario, por definición, para adoptar decisiones inaplicativas de la ley por incompatibilidad con el derecho de la unión, sin el previo pronunciamiento del TJUE.²⁴

La duda quedó resuelta por la STC 78/2010, de 20 de octubre, para la que el planteamiento de la cuestión prejudicial solamente resulta «preciso» cuando así lo exija el propio derecho comunitario y la apreciación de esta circunstancia corresponde a la jurisdicción ordinaria.²⁵

Esto fue interpretado en el sentido de que la inaplicación de normas de rango legal contrarias al derecho de la unión, por el juez ordinario y por su propia autoridad, no conlleva por sí vulneración de la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a un proceso con todas las garantías,

23 Baño León, J. M^a.: «El tribunal constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 8, 18, mayo-agosto 2004, p. 474.

24 Alonso García, R.: «Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva. a propósito de las SSTC 58/2004,194/2006 y 78/2010», *Cuadernos de Derecho Público*, 38, septiembre-diciembre 2009, pp. 11-30.

25 STC 78/2010, de 20 de octubre, fundamento jurídico 3: «... para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario el planteamiento de la cuestión prejudicial sólo resulta preciso, con la perspectiva del artículo 24 CE, en caso de que concurren los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario, cuya concurrencia corresponde apreciar a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria».

pero podría resultarlo en cuanto al derecho a obtener una resolución motivada y fundada en derecho, lo que obligaría a un control «en términos muy rigurosos» dado el papel de la ley en el sistema de fuentes.²⁶

La STC 232/2015, de 5 de noviembre, volvió sobre esa misma cuestión al examinar una decisión del TSJ de Madrid que denegaba al recurrente, funcionario interino, el reconocimiento de los sexenios solicitados al amparo de la directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio, relativa al acuerdo marco en materia de trabajo de duración determinada. El asunto ofrecía especial trascendencia constitucional en tanto que venía referido a la correcta aplicación del derecho comunitario y a la trascendencia de su inaplicación en los supuestos en que existe una doctrina reiterada al tribunal de justicia que no deja lugar a dudas sobre su interpretación (antecedente 3).

En la STC 232/2015 el Tribunal Constitucional aprovechaba para recapitular sobre la doctrina previa establecida al respecto, recordando que: «a) Que dejar de aplicar una ley interna, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, por entender un órgano jurisdiccional que esa ley es contraria al Derecho de la Unión Europea, sin plantear tampoco cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) si existe una «duda objetiva, clara y terminante» sobre esa supuesta contradicción (STC 58/2004, FFJJ 9 a 14).

b) Sin embargo, dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional supuestamente contraria al Derecho de la Unión (según la parte) no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria, pues solo estos parámetros tan elevados forman parte de los derechos consagrados en el art. 24 CE (así, SSTC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 7; 212/2014, de 18 de diciembre, FJ 3, y 99/2015, de 25 de mayo, FJ 3).

26 Alonso García, R.: «Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva. a propósito de las SSTC 58/2004,194/2006 y 78/2010», *Cuadernos de Derecho Público*, 38, septiembre-diciembre 2009, pp. 11-30.

c) Ahora bien, sí corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando, como aquí ocurre según hemos avanzado ya, exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una «selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso», lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6).»

La sentencia concluye que no cabe apreciar vulneración del artículo 24 CE cuando el órgano jurisdiccional resuelve, como es el caso, sobre la base de un acto comunitario claro o aclarado y que el desconocimiento de la norma europea ya interpretada por el tribunal de justicia por el contrario «puede suponer una «selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso», lo cual conlleva una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6). (Fundamento jurídico 5).

En esta línea existen otras resoluciones del tribunal constitucional que inciden sobre la aplicación del derecho europeo por los jueces ordinarios a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva, del derecho a un proceso con todas las garantías y al juez ordinario predeterminado por la ley.

En este punto la STC 27/2013, de 11 de febrero, estableció (FJ 7) que no hay vulneración del canon de constitucionalidad «cuando el Tribunal Supremo manifestó que no tenía duda alguna sobre la interpretación de la normativa europea aplicable al caso –ya que es claro que no existía la obligación de remitir ante la jurisdicción europea una cuestión de interpretación del Derecho comunitario que para el órgano sentenciador no existía, pues la jurisprudencia del Tribunal de Justicia excluye la necesidad de planteamiento del reenvío judicial en relación con los denominados «actos claros». Determinar si el Tribunal Supremo interpretó correctamente el Derecho comunitario al inferir la compatibilidad o no de la exigencia de rotación de cultivos es una cuestión sobre la que este Tribunal, que no es una tercera instancia, según hemos declarado repetidamente, no

puede en efecto pronunciarse, salvo que la motivación judicial resultara irrazonable, arbitraria o incurra en error patente (últimamente, por todas, STC 13/2012, de 30 de enero). Circunstancias que no concurren en el presente caso toda vez que la Sentencia impugnada se funda también en una interpretación razonable y motivada del régimen jurídico del planteamiento de la cuestión prejudicial, y que sigue además la propia doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia sobre el «acto claro».

Posteriormente se dictó la STC 212/2014, de 18 de diciembre de 2014 que concluye que no existe vulneración a un proceso público con todas las garantías cuando al órgano judicial no le asaltan dudas sobre la eventual aplicación de la normativa de la unión. Por último la STC 99/2015, de 25 de mayo, siguiendo esas premisas, reitera que no existe vulneración de la constitución cuando la resolución exterioriza adecuadamente los criterios jurídicos que fundamentan la decisión adoptada, de forma que las partes han podido conocer la posición del órgano de enjuiciamiento sobre la cuestión y los argumentos expuestos no incurre en arbitrariedad, ni falta de razonabilidad, teniendo en cuenta que al TC «no le corresponde pronunciarse sobre el eventual acierto de la decisión finalmente adoptada, ni tampoco alumbrar otras interpretaciones que pudieran resultar más plausibles. Los órganos judiciales son los únicos competentes, ex art. 117.3 CE, para resolver sobre las materias de estricta legalidad ordinaria.»

Estas últimas sentencias van acompañadas de un voto particular de Adela Asua para quien el problema constitucional de la aplicación interna del derecho de la unión no se reduciría a determinar si la resolución judicial constituye una aplicación arbitraria al derecho, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente, como sucedería si se examina la cuestión exclusivamente desde la perspectiva del artículo 24 CE, sino que lo que debe abordarse es «si la decisión de no plantear la cuestión prejudicial ha sido acompañada de las garantías exigidas por el Tribunal de Justicia para excepcionar la obligación de planteamiento derivada del art. 267 TCE, es decir, la constatación de la

claridad de la norma europea, la ausencia intersubjetiva de duda sobre su sentido, a fin de confirmar que se trata de un supuesto de "acto claro". A este estricto parámetro de control debe circunscribirse nuestro enjuiciamiento». ²⁷

La siguiente etapa de esta confluencia entre constitucionalidad y aplicación del derecho comunitario atañe a la propia función de los tribunales constitucionales y afecta tanto a la existencia de un posible conflicto entre los estándares de garantía de los derechos fundamentales (asunto Melloni) como a la posible confluencia de supuestos en lo que se da la inconstitucionalidad de la ley nacional y a su vez su contrariedad al derecho europeo y en este último caso los problemas que plantea la preferencia cronológica de la cuestión prejudicial sobre la cuestión de inconstitucionalidad, lo que se ha planteado en el ámbito del derecho comparado. ²⁸

La primera cuestión se suscitó en torno a la divergencia entre la doctrina establecida por el tribunal constitucional respecto a la exclusión de la extradición en los casos en que se privaba al condenado la impugnación de la sentencia dictada en rebeldía y el contenido de la decisión marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, del Consejo, que no permitía denegar la ejecución de una orden de detención europea a efectos de la ejecución de una pena cuando el imputado no hubiera comparecido en el juicio en el caso de que hubiera tenido conocimiento de la celebración prevista del juicio y hubiera dado mandato a un letrado, bien designado por éste o por el Estado, de tal modo que hubiera sido efectivamente defendido por tal profesional en el procedimiento.

Esto dio lugar a lo que se ha calificado como histórico planteamiento de la primera cuestión prejudicial por parte del tribunal constitucional

27 Fto. 3 del voto particular)

28 Alonso García, R.: «Las fricciones jurisdiccionales en la cooperación prejudicial: los tribunales constitucionales ante el derecho comunitario en la articulación entre el derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción», *Estudios de derecho judicial*, 95/2006.

lo que se llevó a cabo a través del auto de 9 de junio de 2011²⁹ y que tuvo respuesta posteriormente en la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013 (C-399/11, asunto Melloni) según la cual la decisión marco debía interpretarse en el sentido de que el artículo 53 de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea debía interpretarse en el sentido de que no permite que un estado miembro subordine la entrega de una persona en rebeldía a la condición de que la condena pudiera ser revisada por el Estado miembro emisor para evitar una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y de los derechos de defensa protegidos en su constitución.

Finalmente el tribunal constitucional dictó la sentencia 26/2014, de 13 de febrero, que evitó la colisión entre los distintos estándares de protección al revisar su jurisprudencia anterior, STC 91/2000, de 30 de marzo, afirmando que el canon de control que resultaba aplicable para enjuiciar la constitucionalidad del auto de la audiencia nacional que autorizó la entrega del condenado a las autoridades italianas «ha de ser integrado por los tratados y acuerdos internacionales sobre protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas ratificados por España. Instrumentos entre los que encontramos tanto el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (CEDH) como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que se constituyen, así, junto con la interpretación que de los mismos llevan a cabo los órganos jurisdiccionales de garantía de los mismos, en elementos esenciales a la hora de interpretar el contenido absoluto del derecho reconocido en el art. 24.2 CE.

El desconocimiento de ese contenido determina la vulneración indirecta del derecho fundamental por parte de los órganos judiciales españoles», de tal modo que «tanto la interpretación dada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del derecho a un proceso equitativo recogido en el artículo 6 del Convenio europeo como

29 Berberoff, D.: «La recepción del derecho de la unión por la jurisdicción contencioso administrativa», *Libro homenaje a Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2011.

la realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso equitativo y de defensa recogidos en los arts. 47 y 48.2 de la Carta, coincidentes en buena medida, operan... como criterios hermenéuticos que nos permiten delimitar la parte de lo que hemos denominado contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías, que es la que despliega eficacia *ad extra*; esto es, la que permite delimitar aquellas facultades y garantías cuyo desconocimiento por las autoridades extranjeras puede dar lugar a una vulneración indirecta en caso de que acuerde la entrega por los poderes públicos españoles». (fundamento jurídico 4).³⁰

Para Muñoz Machado la sentencia viene a aceptar la inaplicación del estándar superior de protección que establecía la doctrina jurisprudencial constitucional revisada, asumiendo que la norma europea «garantiza de un modo razonable y suficiente del derecho constitucional invocado»³¹ y se sitúa en una línea que debería ser objeto de mayor clarificación en el futuro según la cual los tribunales internos deben aceptar la equivalencia de los niveles de protección europeo y nacional, pudiendo prevalecer este último cuando la normativa europea permita un ámbito de discrecionalidad del Estado miembro, pero no en los demás casos.

Con la diferencia de estándares de protección no queda agotada la confluencia entre control de constitucionalidad y control de vigencia del derecho comunitario, en tanto que existen otros supuestos en los que

30 Sobre el caso Melloni ha recaído una abundante producción doctrinal, citando algunas de las aportaciones más relevantes: Bachmaier Winter, L.: «Derechos fundamentales en juicios in absentia en el derecho europeo», *Revista Española de Derecho Europeo*, 56, 2015, pp. 153-180; Ardoz Santisteban, X.: «Karlsruhe rechaza la Doctrina Melloni del Tribunal de Justicia y advierte con el control de la identidad constitucional (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 15 de diciembre de 2015, 2 BVR 2735/14)», *Revista Española de Derecho Europeo*, 58, 2016, pp. 109-141; Sarrión Esteve, J.: «Supremacía constitucional y primacía del Derecho de la Unión Europea tras el caso Melloni» en Baño León, J. M^a. (coord), *Memorial para la reforma del Estado: Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, vol. 1, 2016 (Tomo I), pp. 201-220.

31 Muñoz Machado, D.: «Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 50, enero-abril 2015.

el juez ordinario se puede ver abocado al uso de la cuestión prejudicial europea y al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Este es el caso observado en la práctica de supuestos en los que la administración ha pretendido desconocer el contenido de sentencias judiciales que reconocían la primacía del derecho comunitario sobre la regulación nacional de carácter reglamentario, dictando disposiciones legislativas que buscaban privar de eficacia a los reconocimientos judiciales de derechos que habían sido efectuados anteriormente al amparo de la norma europea.³²

Esta confluencia de infracciones ha planteado el debate acerca de la relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad que más que un problema procesal, resulta un problema de identidad de las respectivas consultas que en el fondo atañe a una cuestión material como es la de las relaciones entre el derecho de la unión y los ordenamientos nacionales, como han observado Cruz Villalón y Juan Luis Requejo.³³

Esa concurrencia entre relaciones jurídicas materiales, las que se mantienen con el derecho comunitario y el derecho constitucional, con el objeto del litigio en el que se suscita es precisamente prejudicial en la medida en que el órgano llamado a resolver finalmente no tiene

32 Así se planteó en relación con el reconocimiento al derecho al percibo por parte del personal interino del complemento relacionado con la formación permanente del profesorado no universitario en relación con las disposiciones adicionales 28 de las leyes 6/2013, de 26 de diciembre, 8/2014, de 26 de diciembre y 11/2015, de 29 de diciembre, de Presupuestos de la Generalitat para los ejercicios 2014, 2015, 2016 y 2017 cuando establecían que únicamente tendría derecho a la percepción del componente retributivo relacionado con la formación permanente y la realización de otras actividades para la mejora de la calidad de la enseñanza el personal docente que ostente la condición de funcionario de carrera. «Cualquier otro personal que perciba este complemento sin cumplir la citada condición de funcionario de carrera, perderá el derecho a la percepción del mismo». Teniendo en cuenta que ese personal temporal había adquirido el derecho por reconocimiento judicial en virtud del efecto de desplazamiento de la norma interna por la comunitaria, la disposición era susceptible de ser considerada tanto como vulneración de la primacía del derecho europeo como de los derechos procesales contenidos en el artículo 24 CE, lo que conducía al problema de si resultaba pertinente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad una vez desplazada la norma por el efecto directo de la normativa europea.

33 Cruz Villalón, P., Requejo Pagés, J. L.: «La relación entre la cuestión prejudicial en la cuestión de inconstitucionalidad», *Revista de derecho comunitario europeo*, enero-abril 2015, pp. 173-194.

competencia para abordar y debe recurrir al reenvío a otro órgano jurisdiccional.

Esto suscita el problema del momento en que una y otra han de ser planteados,³⁴ pero lo cierto es que para el juez ordinario en muchos casos, y una vez constatado el desplazamiento de la norma fuera de los parámetros del enjuiciamiento por ser disconforme con el derecho de la unión, carecerá de sentido el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, teniendo en cuenta la dilación que puede suponer para las partes del procedimiento el planteamiento ulterior de la cuestión prejudicial constitucional ya que a tenor de los artículos 163 CE y 35 LOTC debe efectuarse una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, dando lugar a la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso principal hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión o bien una vez admitida que se mantenga la suspensión hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente.

La STJUE de 22 de junio de 2010 (Asunto Melki, C-188-10 y C-189/10 aborda esta última cuestión, al resolver la pregunta presentada por la Cour de cassation (Francia) de «si el artículo 267 TFUE se opone a la legislación de un Estado miembro que establece un procedimiento incidental de control de constitucionalidad de las leyes nacionales que obliga a los órganos jurisdiccionales de ese Estado miembro a pronunciarse con prioridad sobre la remisión al órgano jurisdiccional nacional competente para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes de una cuestión referida a la conformidad con la Constitución de una disposición de Derecho interno, cuando al mismo tiempo se plantea si ésta última es contraria al Derecho de la Unión».

La respuesta del Tribunal de Justicia fue que «El artículo 267 TFUE se opone a una normativa de un Estado miembro que establece un procedimiento incidental de control de constitucionalidad de las leyes nacionales, en la medida en que el carácter prioritario de ese

³⁴ Cruz Villalón, P., Requejo Pagés, J. L.: Cit., p. 183, y Muñoz Machado, S.: «Los tres niveles de garantías...», cit., p. 224.

procedimiento tenga como efecto impedir, tanto antes de la remisión de una cuestión de constitucionalidad al órgano jurisdiccional nacional competente para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes como, en su caso, después de la resolución del citado órgano sobre dicha cuestión, que todos los demás órganos jurisdiccionales nacionales ejerzan su facultad o cumplan su obligación de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia. En cambio, el artículo 267 TFUE no se opone a dicha legislación nacional, siempre que los demás órganos jurisdiccionales nacionales sigan estando facultados: 1) Para plantear al Tribunal de Justicia toda cuestión prejudicial que consideren necesaria, en cualquier momento del procedimiento que estimen apropiado, e incluso una vez finalizado el procedimiento incidental de control de constitucionalidad; 2) para adoptar toda medida necesaria para asegurar la tutela judicial provisional de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión; 3) para dejar inaplicada, una vez finalizado ese procedimiento incidental, la disposición legislativa nacional controvertida si la consideran contraria al Derecho de la Unión».

No cabe concluir otra cosa que de este modo la norma interna dejará de ser aplicable al caso y ya no resultaría necesario el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

IV. Derecho Europeo y mutación constitucional

La eficacia normativa del derecho europeo unida a la vinculación de los actores jurídicos a la jurisprudencia del tribunal de justicia, ha producido desde el primer momento de la pertenencia del Reino de España a la Unión alteraciones de profundo calado en el ordenamiento español. A este respecto basta recordar las mejoras legislativas y la modernización que ha supuesto la transposición de la normativa comunitaria en el campo ambiental, la contratación pública, el derecho de la competencia y otros, con una influencia en la mayoría de los casos claramente racionalizadora de una ordenación que en demasiadas

ocasiones se veía distorsionada por los intereses corporativos, económicos o sectoriales de carácter interno.³⁵

Como hemos señalado anteriormente esta situación ha implicado una alteración de elementos esenciales del ordenamiento interno y es que, como ya se ha dicho, la garantía de la eficacia del derecho comunitario altera profundamente el esquema de relaciones entre juez ordinario, cuando actúa como juez comunitario, y ley, afectando a uno de los elementos esenciales de la norma legislativa como manifestación de soberanía que es el antedicho valor de ley o de resistencia a la fiscalización por el poder judicial ordinario, con lo que se abre un ámbito mucho más amplio a la actuación judicial del que le correspondía a la hora de abordar la validez de la ley desde su función de garante inicial del valor normativo de la constitución.

Ya hemos aludido a la opción del constituyente por un sistema de control jurisdiccional de la ley básicamente concentrado, aunque atenuado en algunos aspectos, y en el que la intervención de jueces y tribunales en cuanto a las normas con rango de ley posteriores a la promulgación de la ley fundamental venía ceñido, como decíamos, a lo que García de Enterría denominó «juicio hipotético de inconstitucionalidad» o «juicio de posibilidad de inconstitucionalidad»³⁶ a articular por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad, prevista en el artículo 163 de la constitución que viene a estatuir una prohibición de fiscalización directa por el juez de la norma legislativa

35 No ha sido hasta marzo de 2017 cuando los distintos grupos políticos del Congreso de los Diputados han acordado la toma en consideración de una propuesta del grupo popular para modificar el reglamento del Congreso y regular los grupos de interés con la creación de un registro público y un código de conducta. Pese a ello sólo la proposición de ley integral de lucha contra la corrupción presentada por el grupo de Ciudadanos (Proposición de ley integral de lucha contra la corrupción y protección de los denunciantes, presentada el 15-09-16) contempla un Registro General de lobbies que trascendería del solo ámbito parlamentario. En septiembre de 2014 Transparencia Internacional presentó su informe «Una evaluación del lobby en España: Análisis y propuestas» que concluía con la valoración netamente negativa de los aspectos esenciales de la actividad de los grupos de presión: transparencia, integridad e igualdad de acceso.

36 García de Enterría, E.: «La constitución como norma y el tribunal constitucional», Cívitas, marzo de 1982, p. 66 y ss.

en congruencia con la opción de la tradición jurídica europea por un sistema de control jurisdiccional concentrado frente a la opción por el sistema difuso propio de la vía norteamericana de la construcción del sistema de justicia constitucional.³⁷

Frente a ese diseño original del derecho constitucional, basado en una clara desconfianza hacia el poder judicial ordinario,³⁸ el derecho de la Unión, como ha recordado Muñoz Machado³⁹ activa una ampliación radical de la competencia de la justicia ordinaria que se manifiesta en tres planos distintos: la inaplicación de las leyes; la suspensión provisional de las mismas y la responsabilidad del legislador por vulneración del derecho comunitario.

Vamos a centrarnos en la primera de estas consecuencias y para ello hay que partir del hecho de que corresponde a los órganos de la jurisdicción ordinaria determinar cuál es la norma aplicable al caso, lo que pasa por extraer de los parámetros que fundamentarán la resolución del conflicto cualquier precepto del derecho interno contrario a la norma comunitaria y ello sin esperar a la derogación previa de la norma legislativa afectada o a la declaración de su invalidez «por cualquier otro método constitucional», tal y como estableció el TJUE en su sentencia de 9 de marzo de 1978 (106/77) recaída en el asunto Simmenthal, donde concluyó 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 dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional».

37 Sánchez Agesta, L.: «La Justicia constitucional», *Revista de Derecho Político*, 16, 1982.

38 Las raíces históricas de esa desconfianza se describen con especial claridad en Blanco Valdés, R. L.: Cit., p. 181 y ss., que la ha calificado como «tendencia antijudicialista hegemónica» (p. 239).

39 Muñoz Machado, S.: «Tratado de derecho administrativo y derecho público general», tomo V, «La constitución como norma», *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2015, p. 148.

V. Desplazamiento de la norma interna contraria al Derecho de la UE

Lo anterior supone que a diferencia de lo que ocurre con el juicio de constitucionalidad el examen de adecuación de la norma nacional al derecho de la unión atenúa la resistencia de la ley a su examen jurisdiccional por los tribunales convirtiéndola en sujeto paciente del mismo, con una clara ampliación de las facultades de la jurisdicción ordinaria al respecto.

Esa revisión se traduce, en caso de disconformidad con el derecho de la Unión, en una especie de «suspensión» de la norma legislativa dentro del sistema de fuentes aplicable, inutilizándola de forma singular y sin afectar a su validez sino a su eficacia, operación que se realiza con el empleo de la técnica del desplazamiento, que tiene un efecto claramente más restringido que el que produce la declaración de nulidad de la norma que, a tenor de los arts. 38.1 y 39 de la LOTC, supone la nulidad de los preceptos considerados contrarios a la constitución y ello con valor de cosa juzgada de efectos generales y vinculante para todos los poderes públicos.

El desplazamiento también se diferencia de la derogación, ésta ya dentro del ámbito propio del juez ordinario, en que tiene un efecto de menor intensidad, puesto que el primero excluye la eficacia de la ley pero no afecta a su validez. Por su parte la derogación niega tanto la validez de la norma como sus efectos, si bien la norma derogada puede en ocasiones continuar desplegando sus efectos en virtud de su ultraactividad.⁴⁰

La anulación de la norma encuentra su fundamento en el principio de jerarquía normativa y por tanto en la ordenación gradual de las normas en el seno del ordenamiento nacional, mientras que el desplazamiento responde al principio de competencia y se da tanto en el ordenamiento interno como en el marco de las relaciones entre éste

40 «La ultraactividad ordinaria de las normas derogadas y la excepcional reviviscencia», en Muñoz Machado, S. «Tratado de derecho administrativo y derecho público general», tomo IV, «El ordenamiento jurídico». *Boletín Oficial del Estado*. Madrid, 2015, p. 164.

y el ordenamiento europeo según lo define el art. 93 CE, los tratados constitutivos y la jurisprudencia del TJUE.⁴¹

Es en los ordenamientos complejos como los actuales, que exteriorizan la distribución de competencias entre entes diferenciados con capacidad normativa, donde la dinámica generada por la pluralidad de entes con capacidad de producir normas jurídicas plantea el problema del efecto de las normas sobrevenidas sobre las disposiciones dictadas con anterioridad por un legislador que antes de la aparición de la norma innovadora había regulado la cuestión con plena legitimación competencial, perdiéndola una vez el órgano competente decide agotar o incluso desarrollar plenamente su capacidad normativa.⁴²

41 Como señaló el tribunal constitucional en la declaración 1/2004, de 13 de diciembre, que: «...la proclamación de la primacía del Derecho de la Unión por el art. 1-6 del Tratado no contradice la supremacía de la Constitución. Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones.

42 Buen ejemplo de este efecto de desplazamiento y sus complejidades se produjo tras la modificación por el Real Decreto-Ley 20/2012 del artículo 48 de la ley 7/2007, de 12 de abril, que establece el régimen de permisos de los funcionarios públicos, lo que supuso una reducción del marco que la primitiva redacción del precepto reconocía a las CCAA y una colisión con las regulaciones contenidas en las respectivas normas autonómicas de función pública que había sido dictadas bajo la regulación anterior. La modificación pasó de señalar que «las Administraciones Públicas determinarán los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración», y prever que en defecto de legislación aplicable los permisos y su duración serían al menos los contenidos en el EBEP, a establecer taxativamente que «los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos...». En el ámbito de la Comunidad Valenciana la colisión se producía respecto de los arts. 68 y 69 de la ley 10/2010, de 9 de julio y del decreto 175/2006, de 24 de noviembre que venían a contemplar un régimen más favorable a los empleados públicos muy particularmente en cuanto a las reducciones horarias. Sin embargo, tal efecto se veía a su vez obstaculizado por la existencia de acuerdos, pactos y convenios para el personal funcionario y laboral suscritos por las administraciones públicas y que no se veían claramente afectados por la suspensión de tales instrumentos acordada por el art. 8.3 del RDL 20/2012, de 13 de julio.

La STC 102/2016, de 25 de mayo de 2016, (F.J. 7) razona que el problema de la colisión sobrevenida entre norma autonómica y norma básica estatal posterior conduce a la inaplicación y no al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad («se nos pregunta sobre la constitucionalidad de una norma que no resulta aplicable al caso, de modo que

Para Muñoz Machado han sido tres las opciones técnicas que habitualmente se han manejado para responder al problema del efecto de las normas sobrevenidas: apreciar la existencia de un efecto derogatorio, considerar una incompatibilidad normativa determinante de la nulidad de la norma primitiva o sostener que el efecto que la regulación sobrevenida produce sobre las anteriores es el de su desplazamiento, de modo que éstas no quedarían derogadas ni afectadas de nulidad, sino que resultarían inaplicables por pérdida de su eficacia.

La técnica del desplazamiento permitiría considerar la norma afectada privada de eficacia pero vigente, a diferencia de lo que sucedería en el caso de la derogación que implicaría su invalidez, de tal modo que de variar las circunstancias de la regulación sobrevenida la norma desplazada podría recuperar tanto su eficacia como su validez.⁴³

Las dificultades que implica la técnica del desplazamiento han sido puestas de manifiesto en tanto que la permanencia de la validez y vigencia de la norma inicial privada de eficacia «permite que en el ordenamiento jurídico sobrevivan vagando fantasmagóricamente, normas que están vigentes pero son inaplicables... Esta situación es francamente poco deseable ya que los operadores jurídicos encontrarán dificultades más graves para determinar cuáles sean las reglas de derecho aplicables a una determinada relación o situación. Lo cual es obvio que añade complejidad a una operación jurídica que, dada la situación caótica de los sistemas normativos escritos actuales, ya es de por sí bastante seria».⁴⁴

En el caso de la eficacia del derecho comunitario es clara la consecuencia del desplazamiento de la norma nacional por la

debemos declarar la inadmisibilidad del presente proceso constitucional, posibilidad que permanece abierta no obstante haberse pronunciado este Tribunal, en su día, en favor de su admisión (así, por ejemplo, SSTC 1/2016, de 18 de enero, FJ 2, y 269/2015, de 17 de diciembre, FJ 2)».

43 «La ordenación de las relaciones internormativas», en Muñoz Machado, S.: «Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General», tomo IV, «El ordenamiento jurídico». *Boletín Oficial del Estado*. Madrid, 2015, p. 234

44 Muñoz Machado, S.: Cit., tomo IV, p. 235.

comunitaria, lo que supone que la norma interna inicial resultará válida, en tanto no sea derogada o depurada por el tribunal constitucional, pero se verá excluida de los presupuestos normativos con que el órgano judicial debe contrastar la conformidad a derecho de la disposición reglamentaria, acto administrativo o actuación que constituye el objeto del proceso. De modo que manteniendo una validez «virtual» se verá privada de cualquier efecto sobre la controversia.

Pero las obligaciones del estado miembro de la UE no se agotan con la inaplicación por sus órganos jurisdiccionales de los preceptos de la ley contrarios a la normativa comunitaria y la jurisprudencia comunitaria. Por la vía del recurso por incumplimiento se ha establecido que recae sobre éste la obligación de depurar su ordenamiento, extrayendo del mismo la norma contraria al ordenamiento europeo.

Así lo señaló la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de octubre de 1986, asunto 168/85 (Comisión vs Italia), al sostener que incurre en un incumplimiento de las obligaciones de los tratados constitutivos el Estado que mantiene en vigor disposiciones cuya incompatibilidad con el derecho de la Unión ha quedado previamente establecida, ya que «la facultad de los interesados de invocar disposiciones directamente aplicables del Tratado ante los órganos jurisdiccionales nacionales sólo constituye una garantía mínima y no basta para garantizar por sí sola la aplicación plena y completa del Tratado. En efecto, resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y en particular de la sentencia de 25 de octubre de 1979, anteriormente citada, que el mantenimiento sin cambios, en la legislación de un Estado miembro, de un texto incompatible con una disposición del Tratado, aunque sea directamente aplicable en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros, da lugar a, una situación de hecho ambigua que mantiene a los sujetos de derecho interesados en una situación de incertidumbre en cuanto a sus posibilidades de recurrir al Derecho comunitario y que dicho mantenimiento constituye, por lo tanto, en lo que se refiere a dicho Estado, un incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado», concluyendo que:

«La incompatibilidad de la legislación nacional con las disposiciones del Tratado, aunque sean directamente aplicables, sólo puede quedar definitivamente eliminada mediante disposiciones internas de carácter obligatorio que tengan el mismo valor jurídico que aquellas que deben modificarse».

De tal modo que el estado incumplidor «no puede sustraerse a su obligación de adaptar su legislación nacional a las exigencias del Tratado invocando la aplicabilidad directa de las disposiciones de éste, o el hecho de haber adoptado determinada práctica administrativa, o incluso el mayor conocimiento que tienen los nacionales comunitarios de sus derechos», circunstancia que mantiene a los ciudadanos en «un estado de incertidumbre».

No considerar el efecto del desplazamiento, y plantear la cuestión desde el punto de vista de la declaración de invalidez de la norma, imposibilitaría que el juez ordinario fuera el garante de la vigencia efectiva del derecho comunitario, puesto que como ya hemos reiterado en los sistemas de jurisdicción constitucional concentrada se ve excluido de la declaración de nulidad de las normas legislativas.

Este problema de la colisión entre una norma con rango de ley con el derecho comunitario fue suscitado tempranamente con la anteriormente citada sentencia de 9 de marzo de 1978 (Simmenthal) que estableció con rotundidad que el juez nacional no estaba «obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional».⁴⁵

La inaplicación se configura por tanto como una suerte de «sanción mínima», pero en la práctica totalmente eficaz, impuesta por el juez

45 No se trataba de una sentencia aislada en el tiempo, puesto que ya en la STJUE de 15 de julio de 1964 (asunto 6/64, Costa-ENEL) se señaló que desde la perspectiva comunitaria no era admisible la alegación del Gobierno italiano en cuanto a «la inadmisibilidad absoluta» de la petición planteada en razón de que el órgano jurisdiccional nacional estaba obligado a aplicar una ley interna por lo que no podía hacer uso del artículo 177 (actual 267) en tanto que: «al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad».

nacional en virtud de lo dispuesto en el derecho de la unión y aun cuando el derecho interno no le conceda esa facultad de exclusión de la norma.⁴⁶

Así en la STJUE (Gran Sala) de 19 de enero de 2010 (asunto Seda Küçükdeveci, C-555/07,) respondió a la cuestión planteada por un tribunal alemán acerca de si los órganos jurisdiccionales de un estado miembro que conozcan de un litigio entre particulares debían inaplicar una legislación contraria al Derecho comunitario o, por el contrario, debían abstenerse de hacerlo dada la confianza que los justiciables depositan en la aplicación de las leyes nacionales en vigor. De tal modo que sólo sería posible su inaplicación una vez que el Tribunal de Justicia se haya pronunciado sobre la normativa de que se trate o sobre una normativa esencialmente similar y ello cuando con arreglo al derecho interno el órgano jurisdiccional remitente no puede abstenerse de aplicar una disposición vigente de la legislación nacional sin que dicha disposición haya sido previamente declarada inconstitucional por el Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional federal).

A todo ello el TSJUE contestó que la necesidad de garantizar la plena eficacia de la norma comunitaria «implica que el juez nacional, ante una disposición nacional comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión que estime incompatible con dicho principio y cuya interpretación conforme a éste resulte imposible, debe abstenerse de aplicar dicha disposición, sin estar obligado a plantear previamente una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia ni estar impedido para hacerlo».⁴⁷

46 Mangas Martín, A., Liñán Nogueras, Diego J.: *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, séptima edición. Madrid, 2012, p. 414.

47 A lo que la STJUE de 19 de enero de 2010 (asunto Seda Küçükdeveci, C-555/07) en su párrafo 54 añade que: «La facultad así reconocida al juez nacional por el artículo 267 TFUE, párrafo segundo, de solicitar una interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia antes de dejar sin aplicación la disposición nacional contraria al Derecho de la Unión no puede, sin embargo, transformarse en una obligación por el hecho de que el Derecho nacional no permita a dicho juez abstenerse de aplicar una disposición nacional que estime contraria a la Constitución sin que dicha disposición haya sido previamente declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional... Resulta de estas consideraciones que el juez nacional que conoce de un litigio entre particulares no está obligado, sino que tiene la facultad de plantear una

La sentencia concluye respecto de la cuestión planteada que «incumbe al órgano jurisdiccional nacional que conozca de un litigio entre particulares garantizar la observancia del principio de no discriminación por razón de la edad, tal como se concreta en la Directiva 2000/78, dejando si es preciso sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a este principio, con independencia del ejercicio de la facultad de que dicho órgano jurisdiccional dispone, en los casos previstos en el artículo 267 TFUE, párrafo segundo, de formular una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia sobre la interpretación del citado principio».

Con el tiempo la propia dinámica de esa superestructura normativa que han ido construyendo los tratados conduce a que los conflictos entre las disposiciones europeas y el derecho interno resulten cada vez más frecuentes, circunstancia que es el fruto de la natural y creciente interrelación entre derecho europeo y derecho de los estados miembros, lo que se exterioriza con singular intensidad en el ámbito del derecho administrativo.

Las consecuencias del efecto directo y la primacía del derecho de la UE no se han detenido en el ámbito legislativo o reglamentario sino que han supuesto el establecimiento de principios, reglas e incluso procedimientos de naturaleza claramente constitucional que van más allá de la literalidad de la ley fundamental y que cuenta entre sus alteraciones más claras la que se ha producido en el sistema de distribución de competencias entre los poderes y órganos constitucionales con la ampliación de las atribuciones del juez ordinario.

Al afirmarse en la sentencia Simmenthal que el juez nacional tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de las normas de derecho comunitario, dejando si es preciso sin efecto cualquier disposición

cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia sobre la interpretación del principio de no discriminación por razón de la edad, tal como se concreta en la Directiva 2000/78, antes de abstenerse de aplicar una disposición de la normativa nacional que considere contraria a dicho principio. El carácter facultativo de esta remisión es independiente de los procedimientos que el Derecho interno imponga al juez nacional para dejar sin aplicación una disposición nacional que éste estime contraria a la Constitución».

contraria de la legislación nacional incluso cuando tiene carácter legislativo y sin que sea necesario solicitar su eliminación previa por la vía legislativa o por un procedimiento constitucional, se le viene a revestir de una facultad que «modifica de hecho el sistema constitucional de los estados miembros».⁴⁸

Esta transformación no ha seguido el cauce de una reforma constitucional llevada a cabo a través de los procedimientos que garantizan la supralegalidad formal de la ley fundamental sino que, como Muñoz Machado ha puesto de relieve, ha operado a través del fenómeno de la mutación constitucional, de manera que la configuración del control de la ley como una tarea de la que quedaban excluidos los tribunales ordinarios está «quebrando de una manera general y precipitada»,⁴⁹ lo que abre la puerta a nuevos desafíos en orden a la garantía de la seguridad jurídica y la certeza de la norma.

No hay que olvidar que este concepto de la mutación constitucional, procedente de la construcción del derecho público alemán del S. XIX, alcanzó relevancia en el contexto de la República de Weimar y surge siempre como un intento de ajustar la constitución a la realidad social, de forma que describe las alteraciones en la configuración del poder político o de los mecanismos institucionales sin que tales cambios se plasmen en el texto escrito de la constitución, de modo que éste permanece inalterado.⁵⁰

Hsü Dau Lin, discípulo de Rudolf Smend, distinguió hasta cuatro tipos de mutaciones constitucionales⁵¹ y entre ellos incluyó las debidas a prácticas estatales que no se oponen formalmente a la constitución escrita, surgiendo relaciones jurídicas no previstas o no reguladas en las

48 Ruíz-Jarabo Colomer, D. «El juez nacional como juez comunitario», *Cuadernos de Estudios Europeos*, Madrid, 1993, citado en Pilar Costa, B.: *Lecciones de derecho comunitario europeo*. Barcelona, Ariel, 2011, p. 148.

49 Muñoz Machado, S.: «Tratado de derecho administrativo de derecho público general», tomo V, «La constitución como norma». Madrid, 2015, p. 148 y ss.

50 de Vega, P.: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid, Tecnos, 1988.

51 Dau Lin, H.: *La mutación de la constitución*. Instituto Vasco de Administración Pública, 1998

prescripciones constitucionales y también las variaciones producidas a través de la interpretación de los términos de la constitución, de modo que, como ya se ha descrito, sus preceptos adquieren un contenido distinto de aquel para el que inicialmente fueron pensados.⁵²

La aplicación del derecho europeo por los tribunales ordinarios y el enjuiciamiento de la ley contraria a su primacía puede considerarse una mutación constitucional operada por la vía de la interpretación judicial, puesto que se trata de un principio básico de la relación del derecho de la unión con los ordenamientos internos de creación jurisprudencial y a su vez constituye⁵³ una mutación amparada por la propia constitución que, en su artículo 93, abre la puerta a la celebración de tratados por los que se permite atribuir a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la propia constitución, declarando en su artículo 96 que los tratados internacionales válidamente celebrados, formarán parte del ordenamiento interno, una vez publicados oficialmente en España, de tal modo que sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional.⁵⁴

En este sentido la constitución contenía la semilla de su propia transformación al permitir la inserción del ordenamiento nacional en el seno de un ordenamiento más amplio cuya evolución modificaría radicalmente el papel del juez ordinario, de tal modo que venía a establecer en la esencia del diseño institucional el fundamento de una disparidad interna entre el papel del juez en cuanto al control de constitucionalidad y sus tareas aplicativas del derecho de la Unión.

52 Sánchez Urrutia, A. V.: «Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución. Una aproximación al origen del concepto», *REDC*, año 20, 58, enero-abril 2000.

53 La clasificación de Hsü Dau-lin no excluye la existencia de solapamientos o de confusión entre los distintos supuestos, vide Sánchez Urrutia, A. V.: *Cit.*, p. 126.

54 Muñoz Machado ha sostenido que «en el espacio comunitario europeo se está produciendo... Una gran mutación de las constituciones de los estados como consecuencia las prácticas de creación, interpretación y aplicación del derecho comunitario generalmente asumidas».

Todo ello abría la puerta a que la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España las comunidades europeas, al asumir el acervo comunitario incorporara la posibilidad de que el juez ordinario asumiera el enjuiciamiento del contenido material de la ley, contrastándolo con el derecho europeo, tanto con el originario como el derivado, y procediendo a una inaplicación singular inicial que, con la resolución de los recursos procesales correspondientes podía acabar en una inaplicación general de efectos prácticos similares, aunque no idénticos, a la declaración de inconstitucionalidad.

VI. La introducción de mecanismos correctores para paliar disfunciones del sistema: régimen de recursos y perfeccionamiento de la producción normativa

Qué duda cabe que la defectuosa transposición del derecho comunitario conlleva serios perjuicios tanto para las propias autoridades públicas causantes del desarrollo erróneo como para los sujetos privados que son los destinatarios finales de la norma.

Los primeros porque sus previsiones sobre las magnitudes del gasto público se verán desvirtuadas de forma imprevisible introduciendo una constante distorsión en la ejecución presupuestaria y ello con el mayor recargo que suponen los gastos inherentes a la controversia judicial y los intereses legales correspondientes.

Para los ciudadanos receptores de los efectos de la normativa existente significará la privación de sus derechos y la necesidad de recurrir a la impugnación jurisdiccional de las decisiones que les afectan. Tanto las administraciones públicas, las productoras de la norma y las que desarrollan funciones de simple aplicación, como los particulares se verán afectados por la incertidumbre subsiguiente y la imposibilidad de tomar sus decisiones en un contexto de seguridad y certeza jurídica.

A nadie se le escapan los riesgos que la ampliación de las facultades del juez ordinario suponen para la seguridad jurídica y así Muñoz Machado ha alertado de la «pérdida de certeza de las reglas de

derecho» con «la aplicación desigual de las normas en las diferentes partes del territorio del Estado según las valoren o interpreten los jueces y tribunales en su respectiva demarcación»,⁵⁵ circunstancia no menospreciable puesto que en el actual sistema económico se paga un precio indudable por la incertidumbre del derecho en tanto que la inversión reclama sin duda un marco jurídico estable y perdurable sin el cual los agentes económicos rehuyen la entrada en el mercado.

Ya Hermann Heller advertía que «la economía capitalista del dinero reclama, tanto para el derecho privado como para la administración, la previsibilidad, extendida a un territorio lo más amplio posible, de un derecho sistematizado... un *ius certum*, válido para todo el territorio del Estado, un sistema de reglas unitario, cerrado y escrito, en el que hasta donde sea posible, toda regla particular se ordene sistemáticamente en la unidad del todo».⁵⁶

Evitar la inseguridad jurídica supone la necesidad de adoptar medidas tanto en el plano procesal, como en el propio de la producción legislativa. En el ejercicio jurisdiccional será necesario asegurar una respuesta unitaria en la aplicación del derecho comunitario, que atienda además el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, y en las distintas fuentes de la producción normativa se precisa extremar las medidas necesarias para que durante el procedimiento de conformación de la norma se garantice con rigor el análisis de la conformidad de la norma nacional con el contenido del derecho de la unión y con ello evitar las distorsiones que se han señalado.

1. Reforma de la casación y mejora aplicativa del Derecho de la UE

La reforma de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, llevada a cabo por disposición final tercera de la Ley Orgánica 7/2015,

⁵⁵ Muñoz Machado, S.: «Tratado de derecho administrativo y derecho público general», tomo V, cit., p. 156.

⁵⁶ Heller, H.: *Teoría del Estado*. México, Fondo de cultura económica, 1971, p. 150.

de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, va encaminada a mejorar el control por la vía casacional de la aplicación del derecho de la Unión Europea.

La norma no oculta su voluntad de realzar «la función normofiláctica» de la casación frente al carácter más acentuado de derecho subjetivo que tenía el recurso con anterioridad y ello a fin de reforzarlo como instrumento adecuado para la aplicación judicial uniforme del derecho, tanto interno como de la unión. En este sentido el sistema se acerca al «writ of certiorari» del Tribunal Supremo de los Estados Unidos⁵⁷ y establece las bases para una mejor armonización de la interpretación judicial.

La nueva regulación se sitúa en una línea de restricción del acceso a la vía de recurso que ya se había dado en el recurso de amparo tras la introducción del requisito de su especial trascendencia constitucional por la ley orgánica 6/2007 de 24 de mayo, de modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y en tal sentido debilita el elemento subjetivo de la casación como un derecho de la parte perjudicada por el fallo, reforzando su aspecto más objetivo en aras a asegurar la función homogeneizadora de la actuación jurisdiccional que ostenta el Tribunal Supremo.

Lo que estaba claro es que la casación tal y como venía configurada anteriormente no cumplía con su papel de crear una jurisprudencia homogénea, dictada en un plazo razonable y que proporcionara un criterio válido y actual para la resolución de los conflictos que se plantean ante los órganos jurisdiccionales.

El modelo anterior dejaba al margen del conocimiento del Tribunal Supremo grandes sectores del ordenamiento administrativo y fiscal por razones de cuantía, de tal modo que asuntos que afectaban a gran número de personas se veían excluidos del recurso por resultar las pretensiones individuales inferiores al umbral establecido mientras que

⁵⁷ Lozano Cutanda, B.: «La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo por la ley orgánica 7/2015: análisis de sus novedades», *Diario La Ley*, 8599, 7 de septiembre de 2015.

permitía, por el contrario, acceder al mismo conflictos que resultaban irrelevantes en orden a la fijación de un criterio jurisprudencial ordenado.⁵⁸

La nueva regulación tiende, entre otros aspectos, a ampliar el ámbito de las sentencias susceptibles de recurso, pues la posibilidad se abre tanto a las sentencias de los juzgados de lo contencioso-administrativo o de los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo dictadas en única instancia y también a las sentencias de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia cuando resuelven recursos de apelación contra sentencias de los órganos unipersonales. Igualmente desaparecen los motivos tasados de impugnación, si bien se acentúa la necesidad de acreditar la motivación en cuanto a lo que es la piedra angular del sistema: el «interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia».

Por lo que respecta a la aplicación del derecho de la Unión Europea el artículo 86.3 de la LJCA en su nueva redacción atribuye a la sala tercera del Tribunal Supremo el conocimiento de las impugnaciones que pretendan «fundarse en infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea, que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la sala sentenciadora».

En cuanto al «interés casacional objetivo» de la revisión de las sentencias que apliquen el derecho de la Unión, la ley establece en su artículo 88.2, letras a), b y f), que el tribunal de casación podrá apreciar su existencia, admitiéndolo a trámite de forma motivada mediante auto en los casos en que la resolución que se impugna «fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas... de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido», sienta una doctrina

⁵⁸ Córdoba Castroverde, D.: «El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo», *Revista de Jurisprudencia*, 1 de octubre de 2015. Si bien el artic. 93.2. e) LJCA, en su anterior redacción, permitía la inadmisión del recurso si carecía de interés casacional por no afectar a gran número de situaciones o no poseer el suficiente contenido de generalidad.

sobre las normas de Derecho de la Unión que «pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales» y también cuando se «interprete y aplique el derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aún pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial».⁵⁹

La finalidad última del recurso es que la sentencia establezca «la interpretación de aquellas normas estatales o la que tenga por establecida o clara de las de la Unión Europea» (Artículo 93.1 LJCA).

Ello supone que podrán ser objeto de recurso tanto las sentencias que eludan resolver cuando se hayan introducido por la jurisprudencia del TJUE las aclaraciones correspondientes, existencia de acto aclarado, o cuando el significado de la norma se muestre con total claridad y evidencia, acto claro; así como aquellas otras en las que, planteándose una cuestión que atañe al derecho comunitario y que pueda ser determinante del fallo, se eluda el recurso al tribunal de justicia a fin de que se pronuncie, con carácter prejudicial y a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del derecho de la unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones.⁶⁰

Esta última intervención se muestra en principio obligatoria cuando se plantea la interpretación de los tratados ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, salvo las circunstancias establecidas por el TJUE en torno al acto claro o acto aclarado.

Como indicábamos anteriormente el juez nacional no está obligado a promover la cuestión prejudicial cuando sea evidente que el tribunal ya ha abordado y decidido las cuestiones de derecho que se alegan, incluso cuando el asunto no es idéntico. Como es sabido el acto claro

⁵⁹ Con anterioridad los artículos 86 y 89 LJCA hacían una referencia más genérica a las normas del derecho estatal y comunitario europeo que fueran relevantes y determinantes del fallo.

En nuestra opinión quizás lo más adecuado hubiera sido incluir tales casos entre los enumerados en el artículo 88, apartado 3, LJCA en los que se presume el interés casacional.

⁶⁰ Artículo 19.3 del Tratado de la Unión Europea y artículo 267 del Tratado de Funcionamiento.

hace referencia a aquellos casos en los que la correcta aplicación del derecho comunitario resulta tan obvia que no deja margen alguno en la forma en que el asunto suscitado por la parte debe resolverse. No obstante, y como decíamos anteriormente, el juez nacional antes de pronunciarse debe estar convencido de que el asunto es igualmente evidente para otros jueces nacionales o, en su caso, para el tribunal de justicia, lo que supone que no queda en manos de su criterio personal sino que tiene que basarse en una apreciación intersubjetiva que pasa por el examen detallado de la jurisprudencia y la doctrina jurisprudencial establecida por los restantes órganos jurisdiccionales. Si dichas condiciones concurren, el órgano jurisdiccional puede abstenerse de someter la cuestión al TJUE y asumir la responsabilidad de resolver.⁶¹

Quizás hubiera sido conveniente establecer como un supuesto autónomo de interés casacional objetivo el que la sentencia haya resuelto un debate que verse sobre la conformidad al derecho de la Unión de una norma con rango de ley en aquellos casos en que no se encuentre suficientemente esclarecida la procedencia de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, tal y como establece el artículo 88.2 d) respecto de la validez constitucional.

Sin embargo, lo cierto es que tal supuesto resulta perfectamente subsumible dentro de las demás circunstancias enumeradas en el precepto, teniendo en cuenta que el mismo no contiene una enumeración exhaustiva y dado de que el precepto establece esas causas de admisión «entre otras circunstancias», lo que permite considerar que la relación resulta ejemplificativa y pueden concurrir perfectamente otros motivos de interés casacional objetivo distintos de los enumerados por la norma y que podrán ser acogidos motivadamente por el tribunal de casación.

Un ejemplo de la nueva dinámica de la casación se aprecia en el reciente Auto del Tribunal Supremo del 4 de julio de 2017, recurso: 1930/2017, que admite a trámite el recurso de casación preparado por los recurrentes, funcionarios docentes interinos frente

61 Recuérdese la citada STJUE de 6 de octubre de 1982, C-283/81, asunto CILFIT.

a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla-La Mancha dictada en apelación núm. 5/2017, de 16 de enero, núm. 93/2015. El auto aprecia la existencia de interés casacional objetivo en la cuestión de si «el cese de los funcionarios docentes interinos de los Cuerpos Docentes no universitarios al final del período lectivo del curso escolar, basado sólo en la causa de que en los dos meses restantes de éste (julio y agosto) desaparece la necesidad y urgencia que motivó su nombramiento, comporta o no un trato desigual no justificado con respecto a los funcionarios docentes fijos o de carrera». A tal efecto señala como «normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación», los artículos 14 y 103 CE 10.3 y 10.5 del EBEP, y la Cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada que figura en el Anexo de la Directiva 1999/70/CE.

Esta nueva configuración del recurso es muy posible que facilite que en un plazo razonable pueda quedar establecido un criterio homogéneo sobre la cuestión y de este modo permita a los operadores jurídicos conocer que el problema está siendo planteado y quedará resuelto por el Tribunal Supremo, lo que sin duda les dotará de un marco de mayor certidumbre al permitirles modular el tiempo de sus decisiones y las condiciones de la eficacia temporal de sus actos.⁶²

2. Mejora de la producción normativa y reducción de las antinomias entre el Derecho de la Unión y el Derecho nacional

A. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y EL SISTEMA DE ALERTA TEMPRANA

Al encontrarnos en el seno de un ordenamiento complejo pero a la vez único, los sujetos que tienen la capacidad constitucional de dictar

⁶² Un ejemplo del cambio en los tiempos de resolución fruto del nuevo régimen de la casación lo muestra la STS núm. 1295/2017, de 18 de julio de 2017, recurso 298/2016 que tiene por objeto una sentencia del TSJ de Cantabria dictada en apelación el 4 de octubre de 2016 y 9 meses después casa y revoca sentencia de la sala, anula la sentencia del juzgado apelada y resuelve sobre el fondo del recurso-contencioso planteado, desestimando el mismo, a la vez que se resuelve la cuestión que tenía interés casacional objetivo, respondiendo con claridad que «el art. 7 del RD 240/07 es aplicable a la reagrupación de familiares no comunitarios de ciudadanos españoles».

normas con rango de ley deberían emplear todas las herramientas que tienen a su disposición para evitar la existencia de antinomias entre el ordenamiento interno y el propio de la Unión.

A nuestro juicio la reducción de las contradicciones entre ambas normativas puede ser abordada desde una doble perspectiva: por un lado, y desde la perspectiva del funcionamiento institucional de la Unión, corrigiendo al máximo de lo posible los supuestos en los que la normativa comunitaria pueda incurrir en vulneración de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad; de otro lado, y en la vertiente del funcionamiento institucional interno, con la mejora de la calidad de la producción normativa y el juicio previo de contraste entre el proyecto normativo y el derecho de la Unión.

Desde la primera vertiente el artículo 61.3a) del Estatuto Autonomía de la Comunidad Valenciana prevé que la Comunidad como región de la Unión Europea «participará en los mecanismos de control del principio de subsidiariedad previsto en el derecho de la Unión Europea».

En este punto el artículo 5. 3 del Tratado de la Unión Europea establece el principio de subsidiariedad que se traduce en un deber de la unión de intervenir sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los estados miembros, ni a nivel central ni en el regional o local sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión. En garantía de lo cual se reconoce un ámbito a los parlamentos nacionales para velar por el respeto del principio, con arreglo al procedimiento establecido en el protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

Todo ello se ha plasmado en el Protocolo número 2 del Tratado de Lisboa en el que se impone el deber permanente de las instituciones de velar por esos principios, lo cual supone una obligación de llevar a cabo amplias consultas a la hora de elaborar los actos legislativos en las que se tenga en cuenta «la dimensión regional y local de las acciones previstas de tal modo que tanto la Comisión, como el Parlamento

Europeo y el Consejo transmitan a los parlamentos nacionales los proyectos de actos legislativos comunitarios,⁶³ permitiendo así la apertura de un «sistema de alerta temprana» en el que pueden dirigir a los presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión un dictamen motivado que exponga las razones por las que se considera que el proyecto no se ajusta al principio de subsidiariedad, para lo cual se deberá consultar, cuando proceda, a los parlamentos regionales que posean competencias legislativas.⁶⁴

El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión tendrán en cuenta los dictámenes de los parlamentos nacionales y cuando concurra determinada mayoría sosteniendo que no se respeta el principio de subsidiariedad, el proyecto deberá volverse a estudiar, y la institución comunitaria correspondiente deberá motivar si se mantiene el proyecto, se modifica o se retira.⁶⁵

El artículo 263 del Tratado de Funcionamiento de la UE permite la interposición de recursos por parte del Comité de las Regiones ante el Tribunal de Justicia por violación del principio de subsidiariedad frente a actos legislativos en aquellos casos en que el tratado de funcionamiento requiere la consulta al mismo.

Esta regulación se sitúa dentro lo que se ha calificado como «sistema interparlamentario europeo» que tendría como uno de sus soportes básicos la garantía del principio de subsidiariedad.⁶⁶

63 Artículo 4 del protocolo número 2 del tratado de Lisboa. Sobre el control del respeto al principio de subsidiariedad por los parlamentos nacionales y sus modalidades preventiva y judicial, vide Mangas Martrín, A., Liñan Noguera, D. J. «Instituciones y derecho de la unión europea», Madrid, Tecnos, 2012.

64 Artículo 6 del protocolo. Éste sistema permite la participación tanto de los parlamentos nacionales como los regionales, según la distribución interna de competencias a los efectos de controlar la correcta aplicación del principio de subsidiariedad, lo cual requiere un sistema de información y audiencia de los Parlamentos nacionales respecto a determinados actos legislativos de las instituciones con la emisión por parte de éstos de los correspondientes dictámenes con efectos en el procedimiento legislativo (procedimientos de «tarjeta amarilla» y «tarjeta naranja»).

65 Artículo 7 del protocolo.

66 Fernández Alles, J. J.: *El sistema interparlamentario europeo*. Madrid, Dickinson S.L., 2016, p. 31.

La ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, permite la participación de las comunidades autónomas en ese mecanismo al establecer que el Congreso de los diputados y el Senado tan pronto reciban una iniciativa legislativa de la Unión Europea la remitirán a los Parlamentos de las Comunidades Autónomas, sin prejuzgar la existencia de competencias autonómicas afectadas, a efectos de su conocimiento y a fin de que, en su caso, puedan remitir a las Cortes Generales un dictamen motivado sobre la aplicación del principio de subsidiariedad por la referida iniciativa.

Tales informes deberán recibirse en las Cortes generales, para que puedan ser tenidos en consideración, en el plazo de 4 semanas desde su remisión por éstas y si se aprobase finalmente un dictamen motivado sobre la vulneración del principio de subsidiariedad, éste incorporará la relación de los dictámenes remitidos por los Parlamentos de las Comunidades Autónomas y las referencias necesarias para su consulta.⁶⁷

El artículo 50 del Reglamento de les Corts Valencianes atribuye a la Comisión de Asuntos Europeos y de Derechos Humanos, recibir la información de aquellas iniciativas legislativas de la UE sobre las que se haya consultado a les Corts en el marco de la aplicación de los mecanismos de control del principio de subsidiariedad y proporcionalidad a los que se refiere el artículo 61 del Estatuto de autonomía.

Por su parte el artículo 181 desarrolla el correspondiente procedimiento en el que los grupos parlamentarios podrán efectuar observaciones por escrito una vez recibida la propuesta legislativa de la Unión Europea, a la vista de las cuales la Comisión elaborará el correspondiente dictamen que será aprobado, en su caso, por la propia Comisión o en el Pleno.

Esta normativa constituye una incipiente, pero interesante vía para evitar las colisiones entre el ordenamiento interno y de la Unión en los

⁶⁷ Artículo 6 de la ley 8/1994, de 19 de mayo, tras su modificación por la ley 24/2009, de 22 de diciembre.

casos de exceso de regulación por este último en detrimento del principio de subsidiariedad.

B. MEJOR REGULACIÓN Y TEST DE CONTRASTE CON EL DERECHO DE LA UNIÓN

La segunda línea de mejora, situada en un plano netamente diferente, pero igualmente en la disponibilidad de los parlamentos autonómicos viene determinada por la mejora de la técnica normativa y de los procedimientos de elaboración de los proyectos de disposición, y en particular de aquellas que tienen rango de ley.

En los últimos años se ha acrecentado la preocupación por la hiperabundancia de las normas jurídicas, la pervivencia en el ordenamiento de normas innecesarias o sin aplicación efectiva, y por la mala calidad de la técnica empleada, circunstancias determinantes de la inseguridad jurídica y del exceso de litigiosidad judicial.

Frente al viejo ideal codificador en el que unas pocas leyes venían a establecer una ordenación única, abstracta, general y racionalizadora de sectores específicos del comportamiento humano ceñidos al mantenimiento del orden, la propiedad, el comercio o el acceso a la jurisdicción, los actuales sistemas jurídicos, tanto por la pluralidad de fuentes de producción y de manifestación de las normas, como por la creciente intervención estatal y los desafíos tecnológicos de la sociedad actual han acabado conduciendo a lo que se considera un sistema normativo caótico caracterizado por la inflación normativa y la subsiguiente desvalorización de la ley como marco de la resolución del conflicto.⁶⁸

Fruto de todo ello es la dificultad del conocimiento del derecho vigente y la mayor abundancia de incongruencias internas en el propio ordenamiento que dificultan extraordinariamente el desarrollo de las conductas y la previsibilidad de los riesgos que la actuación

⁶⁸ Sobre esta cuestión de las patologías del sistema normativo y el problema del conocimiento del derecho vigente vide Muñoz Machado, S.: «Tratado de derecho administrativo y derecho público general», tomo IV, «El Ordenamiento Jurídico», pp. 37 y ss.

puede conllevar, lo que se ve acompañado de la existencia de normas «virtuales» faltas de toda aplicación práctica.

Muñoz Machado ha señalado distintas soluciones para intentar alcanzar un sistema normativo integrado por normas identificables, comprensibles y estables. Entre tales medidas cobra especial importancia la mejora del proceso de producción normativa, con el uso del procedimiento legislativo ordinario con carácter general a fin de evitar la implantación de normas poco debatidas o meditadas como las que se integran con notable opacidad en las llamadas «regulaciones ómnibus». Esta última manera de actuar se plasmó en su día fundamentalmente en las llamadas leyes «de medidas» o de acompañamiento a los presupuestos de los entes territoriales superiores, y posteriormente han venido a dispersarse en multitud de disposiciones adicionales o finales que constituyen auténticas «materias inconexas» respecto de la norma principal aprobada.

La reacción a esta situación ha surgido tanto en el contexto de las críticas a la excesiva complicación y alejamiento respecto de los ciudadanos del funcionamiento de las instituciones comunitarias, como en el seno de una reflexión sobre el efecto desfavorable para la competitividad de los excesos regulatorios.⁶⁹

Esa preocupación creciente ha conducido a los distintos actores tanto europeos como nacionales a plantear iniciativas en el marco de una tendencia a la mejor regulación de la que constituye una muestra el acuerdo interinstitucional⁷⁰ de 13 de abril de 2016 entre el Parlamento

69 Betancor Rodríguez, A.: «Calidad de la ley: razonabilidad, arbitrariedad y control» en «Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado». Tomo I, página 565.

70 Constituyen antecedentes del mismo, los acuerdos interinstitucionales de 20 de diciembre de 1994, sobre un método de trabajo acelerado con vistas a la codificación oficial de los textos legislativos; de 22 de diciembre de 1998, relativa a las directrices comunes sobre la calidad de la redacción de la legislación comunitaria; de 28 de noviembre de 2001 para un recurso más estructurado a la técnica de la refundición de los actos jurídicos. El acuerdo de 13 de abril de 2016 sustituye el acuerdo interinstitucional «legislar mejor» de 16 de diciembre de 2003.

Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea sobre la mejora de la legislación.

Este instrumento contiene un elenco de propuestas en torno al perfeccionamiento de los procesos de creación legislativa con la elaboración de evaluaciones de impacto de los proyectos normativos, consultas públicas y evaluaciones ex post de la legislación vigente. En esa línea se situaría también la obligatoriedad de justificar en las exposiciones de motivos la elección de la base jurídica y el tipo de acto jurídico adoptado en cada caso.

En el seno de tales medidas se postula la mejora del asesoramiento técnico en las fases iniciales de preparación de los proyectos –con el recurso al informe por grupos de expertos, la consulta tanto a los interesados específicos como al público general (consultas públicas)–, el incremento de la cooperación interinstitucional en el seno de la Unión con el fin de evaluar la aplicación y la efectividad del derecho de la misma, tarea para la que se requiere la cooperación de los estados. Por último se consideran necesarias actuaciones para la simplificación de la normativa y ello con el recurso a la técnica de la refundición y la lucha contra el exceso de regulación y de cargas administrativas.⁷¹

La ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible introdujo en sus artículos 4 a 6 una serie de principios y mecanismos para la mejora de la regulación en la línea de lo que venía planteándose en el ámbito institucional europeo,⁷² preceptos que se han trasladado a la ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, en cuyo Título VI se regula la iniciativa

71 Sobre esta cuestión vide por su especial interés Revuelta Pérez, I.: «Análisis de impacto normativo y control judicial de la discrecionalidad reglamentaria».

72 Con anterioridad se había dictado el 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la «memoria del análisis de impacto normativo», norma dictada en desarrollo de la ley 50/1997, del gobierno y que establece como entre otros contenidos obligatorios la descripción de la oportunidad de la propuesta, el contenido y análisis jurídico de la norma con el listado pormenorizado de las normas que quedan derogadas a su entrada en vigor, el análisis sobre su adecuación al orden de distribución de competencias, el impacto económico y presupuestario, que comprenderá el efecto sobre la competencia, así como la detección y medición de las cargas administrativas o el impacto por razón de género.

legislativa y la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones. Por lo que aquí respecta el artículo 129.4 de la ley prescribe que: «a fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, la iniciativa normativa se ejercerá de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas».

El artículo 129 de la ley 39/2015 establece los principios de buena regulación aplicables al ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria por parte de las administraciones públicas y ello con carácter de norma básica, a tenor de su Disposición Final I, apartado 2, por lo que resulta aplicable a los procedimientos de iniciativa legislativa del Consell de la Generalitat y a su vez el artículo 130 obliga a las administraciones públicas a revisar periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación, entre el que se encuentra el deber de congruencia con el resto del ordenamiento jurídico nacional y de la Unión Europea.

En el ámbito de la Generalitat Valenciana la ley 5/1983, de 30 de diciembre, del gobierno valenciano regula en su artículo 42 la formación de la iniciativa legislativa mediante la elaboración y aprobación de los proyectos de ley, limitándose a señalar por lo que aquí importa que el anteproyecto elaborado por la consejería competente irá acompañado de los estudios e informes que justifiquen su necesidad y oportunidad, así como de una memoria económica sobre la estimación del coste previsto, a la vez que establece como preceptivo el informe de la Abogacía General de la Generalitat, si bien el Consell puede acordar la pertinencia de otras «consultas y dictámenes».

En desarrollo de lo anterior el Decreto del Consell 24/2009, de 13 de febrero, regula la forma, la estructura y el procedimiento de elaboración de los proyectos normativos de la Generalitat, sin que en el mismo se contengan referencias a instrumentos que permitan

constatar la adecuación de los proyectos legislativos y reglamentarios al derecho de la unión.

A nuestro juicio urge un mayor desarrollo de los procedimientos de elaboración normativa en el ámbito de la Comunidad Valenciana en la línea expuesta sobre la mejora de la regulación y en particular en el ámbito y de la conformidad de la norma con el derecho de la UE y ello siguiendo a la Administración General del Estado donde se ha avanzado en esta dirección con la aprobación del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio y la aprobación por el Consejo de ministros de la guía metodológica para la realización de evaluaciones de impacto normativo.

En tal sentido, y de lege ferenda, resultaría conveniente que en nuestra comunidad la normativa reguladora estableciera la necesidad de que los informes perceptivos sobre la legalidad del proyecto que se elabora incluyan un test de conformidad al derecho de la Unión y que en el texto aclare si la disposición se dicta en su desarrollo, singularizando en tal caso las disposiciones objeto de transposición y recapitulando sobre las razones y conveniencia de la nueva normativa en relación con los principios de la buena regulación.

En todo caso, en el procedimiento administrativo de elaboración de reglamentos y anteproyectos de ley debería efectuarse ese juicio de contraste fijando con claridad si la norma incide o no sobre competencias de la UE y cuál es la normativa europea existente en la materia. En tal caso sería conveniente establecer si existe jurisprudencia del TJUE o de los tribunales españoles al respecto, examinando por último si la norma pretende en alguna medida corregir la interpretación de la normativa europea efectuada por los tribunales nacionales.

Por último, deberían desarrollarse los oportunos instrumentos para la evaluación normativa que permitieran la identificación de normas cuya disconformidad con el ordenamiento de la UE haya sido puesta de manifiesto por el Tribunal de Justicia de la UE o por los tribunales nacionales, a fin de posibilitar al legislador depurar el ordenamiento de disposiciones legislativas que se ven condenadas a tener una existencia virtual al no poder ser aplicadas por los órganos jurisdiccionales en las

controversias que se les planteen, pero mantienen una apariencia de vigencia que, como se ha expuesto, atenta contra la seguridad jurídica.

Este trabajo ha pretendido esbozar las dimensiones de una problemática por desgracia creciente y a la vez resaltar el importante papel que la actividad parlamentaria y legislativa tiene en aras a crear las condiciones de una mejor aplicación del derecho europeo y con ello apuntalar el prestigio de la ley nacional como manifestación de la soberanía, elevando los estándares de la calidad normativa, y garantizando que el «valor de la ley» no se vea devaluado por una indeseada intervención judicial forzada por las antinomias desgraciadamente existentes.