
JOSÉ MANUEL SÁNCHEZ PATRÓN
(Universidad de Valencia)

*El control judicial nacional del respeto
a los derechos fundamentales en la aplicación
del Derecho comunitario europeo*

*I. Introducción. II. El control por parte de la jurisdicción constitucional:
A) De la aplicación del Derecho comunitario; B) Del respeto de los derechos
fundamentales en la aplicación del Derecho comunitario. III. El control por parte de la
jurisdicción ordinaria: A) De la aplicación del Derecho comunitario; B) Del respeto de
los derechos fundamentales en la aplicación del Derecho comunitario. IV. Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, la protección de los derechos y libertades fundamentales en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario europeo se lleva a efecto, en su vertiente judicial, a través de la mutua colaboración entre la jurisdicción europea y las respectivas jurisdicciones internas. No obstante, a lo largo del proceso de integración europea, no han faltado las disidencias entre la jurisdicción europea y las jurisdicciones nacionales, en particular, por cuestiones directamente relacionadas con la protección de los derechos y libertades fundamentales ¹.

El presente trabajo pretende, precisamente, examinar el papel desempeñado por la jurisdicción española en la protección de los derechos y libertades fundamentales en la aplicación del Derecho comunitario. Con vistas a ello analizaremos, de un lado, la posición de las jurisdicciones nacionales tanto constitucional como ordinaria, y de otro lado, la interacción entre dichas jurisdicciones nacionales y la jurisdicción europea en la tarea de proteger los derechos y libertades fundamentales del particular en los casos en los que se aplica el Derecho comunitario.

Asimismo, distinguiremos, en el análisis de estas cuestiones, la labor desarrollada por la jurisdicción constitucional de la llevada a cabo por la jurisdicción ordinaria, a la vez que diferenciaremos el control de la aplicación del Derecho comunitario efectuado

¹ Estas disidencias han sido protagonizadas, principalmente, por las jurisdicciones constitucionales alemana e italiana. Al respecto, *vid.* Jean RIDEAU: *Le role de l'Union Europeenne en matiere de protection des droits de l'homme*, Recueil des Cours de la Academie de Droit International, 1997, t. 265, págs. 315 a 337.

Cuadernos Const. de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol nº 38/39. Valencia, 2002

con carácter general, del realizado con carácter especial respecto de los derechos y libertades fundamentales en el referido ámbito de aplicación ².

II. EL CONTROL POR PARTE DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

A) De la aplicación del Derecho comunitario

El Tribunal Constitucional español [en adelante, TC] abordó las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional en su Sentencia 28/1991, de 14 de febrero. Según su fto. jco. 4º, desde el momento de su adhesión,

“[...] el Reino de España se halla vinculado al Derecho de las Comunidades Europeas, originario y derivado, el cual [...] constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales [...]”³

Ahora bien, la aplicación del Derecho comunitario en nuestro Derecho interno provoca una serie de problemas ligados a las relaciones entre ambos ordenamientos jurídicos, que el TC tan sólo ha resuelto en parte.

Al TC, lo que le ha interesado dejar claro desde un primer momento es que no cabe equiparar las normas constitucionales a las comunitarias. Aunque el art. 93 de la Constitución Española [CE] ha servido como fundamento último para la incorporación señalada, esto no quiere decir que en virtud “del art. 93 se haya dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales”⁴.

Con ello, el TC ha pretendido salvaguardar las exigencias constitucionales de las vicisitudes que puedan afectar a las normas comunitarias en su aplicación en nuestro ordenamiento interno, dejando entrever así la supremacía de aquéllas sobre éstas últimas ⁵. Precisamente, el desempeño de dicha tarea de salvaguarda, ha llevado a que el TC

² Una crónica de la aplicación del Derecho comunitario en España puede consultarse en la actual *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (antigua *Revista de Instituciones Europeas*) a cargo de varios autores. Periodo 1986-1989: *Revista de Instituciones Europeas* n° 16 (1989), págs. 885 y ss; periodo del 1 de julio de 1989 al 31 de diciembre de 1990: *Revista de Instituciones Europeas* n° 19 (1991), págs. 899 y ss; periodo 1991 y 1992: *Revista de Instituciones Europeas* n° 21 (1994), págs. 221 y ss; periodo 1993-1995: *Revista de Derecho Comunitario Europeo* vol. 1 (1997), págs. 111 y ss.; periodo 1996: *Revista de Derecho Comunitario Europeo* vol. I (1997), págs. 549 y ss; periodo 1997: *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n° 5/3 (1999), págs. 109 y ss; periodo 1998: *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n° 6/3 (1999), págs. 395 y ss; periodo 1999: *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n° 8/4 (2000), págs. 565 y ss.

³ Cfr. STC 28/1991, de 14 de febrero, fto. jco. 4.

⁴ Cfr. Ibid. fto. jco. 4.

⁵ Ciertamente, el TC no ha llegado en ningún momento a afirmar con rotundidad la supremacía de la Constitución Española sobre el Derecho comunitario, pero de la lectura de su jurisprudencia, puede deducirse la idea preconcebida por nuestro Alto Tribunal de que la Constitución ocupa una posición jerárquicamente superior a la de los tratados comunitarios. Concretamente, el TC llegó a señalar el carácter “infraconstitucional” de la aplicación de la normativa comunitaria (*vid.* STC 64/1991 de 22 de marzo). Posteriormente, corrigió esta calificación para tildarla de “no constitucional” (*vid.* STC 183/1993 de 31 de mayo), lo que para

realice un cierto control de la aplicación del Derecho comunitario en nuestro derecho interno.

Para el análisis del ejercicio del referido control por parte de nuestro TC, resulta conveniente distinguir, por un lado, entre sus tratados constitutivos (Derecho comunitario originario) del resto de sus actos jurídicos (Derecho comunitario derivado); y, por otro lado, completar la distinción anterior con la diferenciación de dos tipos de situaciones desiguales: en primer lugar, la posibilidad de que la aplicación de las normas comunitarias entre en contradicción con los preceptos constitucionales y, en segundo lugar, que la aplicación de las referidas normas comunitarias entre en colisión con el resto de la normativa nacional.

Por lo que respecta a la primera hipótesis, el TC ha entrado a examinar las eventuales contradicciones entre la CE y el Derecho comunitario originario, pero ha eludido conocer las que pudiesen concurrir entre los preceptos constitucionales y el Derecho comunitario derivado. El art. 95.1 de la propia CE exige que para la ratificación de un tratado internacional es necesario que éste no contenga disposiciones contrarias a la CE, ya que si así fuese o no podría ratificarse el tratado internacional o bien sería necesario revisar los preceptos constitucionales afectados ⁶. Por este motivo, el artículo 95.2 CE otorga al TC la facultad de declarar si existe o no alguna contradicción ⁷. Acogiéndose precisamente a esta competencia, en su Declaración de 1 de julio de 1992 el TC señaló que:

“[M]ediante la vía prevista en su art. 95.2 la Norma fundamental atribuye al Tribunal Constitucional la doble tarea de preservar la Constitución y de garantizar, al tiempo, la seguridad y estabilidad de los compromisos a contraer por España en el orden internacional. Como intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal es llamado a pronunciarse sobre la posible contradicción entre ella y un Tratado cuyo texto, ya definitivamente fijado, no haya recibido aún el consentimiento del Estado [...]. Si la duda de constitucionalidad se llega a confirmar, el Tratado no podrá ser objeto de ratificación sin la previa revisión constitucional [...]. De este modo, la Constitución ve garantizada, a través del procedimiento previsto en su Título X, su primacía, adquiriendo también el Tratado, en la parte del mismo que fue objeto de examen, una estabilidad jurídica plena, por el carácter vinculante de la Declaración del Tribunal [...], como corresponde al sentido de examen preventivo.”⁸

Junto a esta hipótesis, también nos planteamos la posibilidad de que tanto el Derecho comunitario originario como derivado entren en contradicción con normas nacionales en el momento de su aplicación. Cuando esto sucede, el TC no se ha considerado, sin embargo, la instancia judicial que deba encargarse de resolver estos

algunos autores es más certero al trasladar la cuestión de las relaciones entre Derecho comunitario y Derecho interno al terreno de la competencia. *Vid.* STC 45/1996 de 25 de marzo. Voto particular y Araceli MANGAS MARTÍN y Diego LIÑÁN NOGUERAS: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 2ª ed., McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 265. No obstante, recientemente, el TC ha afirmado, refiriéndose al artículo 10.2 CE que: “[...] tanto los tratados internacionales y acuerdos a los que se remite este precepto constitucional como el Derecho comunitario derivado no poseen rango constitucional [...]”. *Cfr.* STC 292/2000, de 30 de noviembre, fto. jco. 3. ¿Jerarquía o competencia?

⁶ El art. 95.1 CE dispone que “La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la constitución exigirá la previa revisión constitucional”.

⁷ El art. 95.2 CE dispone que “El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción”.

⁸ *Cfr.* Declaración del TC de 1 de julio de 1992, fto. jco. 1.

eventuales conflictos normativos. En efecto, el TC en la mencionada sentencia 28/1991 de 14 de febrero, señaló que:

“[...] ni el Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas ni el Derecho de éstas integra, en virtud del [...] 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 CE 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 éstas y que, por tanto, deba ser resuelto por el Tribunal Constitucional [...], 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.”⁹

Por consiguiente, son los órganos judiciales nacionales los que han tenido que dirigirse al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) para que les proporcione las indicaciones pertinentes con tal de poder interpretar y aplicar convenientemente el Derecho comunitario ¹⁰. Esto significa que el TC se ha autoexcluido de la resolución de aquellas causas en las que se presente una contradicción entre Derecho comunitario y Derecho interno, a excepción de aquellas en las que, como acabamos de ver, pudiese existir una eventual colisión entre CE y el Derecho comunitario originario. Para el TC

“[E]n suma, la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.”¹¹

B) Del respeto de los derechos fundamentales en la aplicación del Derecho comunitario

Una vez expuesto cual es el control que ha realizado el TC en la aplicación del Derecho comunitario y su posición ante las eventuales contradicciones que pueda incurrir con el Derecho nacional en el momento de su integración, cabe plantearse si lo dicho en el apartado anterior varía cuando se compromete algún derecho o libertad fundamental garantizado por nuestra CE. El TC ha reiterado que no es posible equiparar las normas constitucionales a las comunitarias, de modo que en materia de derechos y libertades fundamentales el derecho o libertad en cuestión quedaría configurado por su formulación por la norma constitucional, y no por el alcance y contenido que previsiblemente pudiera atribuirle la normativa comunitaria. Esto no quiere decir que la contribución de la norma comunitaria a la determinación de aquel derecho o libertad sea absolutamente irrelevante en los concretos casos en los que el Derecho comunitario formule un derecho o libertad fundamental. El TC ha admitido la posibilidad de reconocer dicha contribución a través de la vía abierta por el art. 10.2 CE. Según este precepto:

⁹ *Cfr.* STC. 28/1991. *Ibid.*, fto. jco. 5.

¹⁰ *Cfr.* *Ibid.*, fto. jco. 6.

¹¹ *Cfr.* *Ibid.*, fto. jco. 5.

“[L]as normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”¹²

No obstante, el TC advirtió en su Sentencia 64/1991, de 22 de marzo, que:

“La interpretación a que alude el citado art. 10.2 del texto constitucional no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de derechos humanos o, en general, a los tratados que suscriba al Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas. Por el contrario, realizada la mencionada proclamación, no puede haber duda de que la validez de las disposiciones y actos impugnados en amparo debe medirse sólo por referencia a los preceptos constitucionales que reconocen los derechos y libertades susceptibles de protección en esta clase de litigios, siendo los textos y acuerdos internacionales del art. 10.2 una fuente de interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional.”¹³

Esto quiere decir que el TC, llegado el caso, determinaría el alcance de un determinado derecho o libertad fundamental interpretando, en primer lugar, el precepto constitucional afectado y, en segundo lugar, “la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales”. Aunque el art. 10.2 de la CE se refiere únicamente a los “tratados y acuerdos internacionales” (Derecho comunitario originario), también deberían considerarse incluidos en su ámbito de aplicación los actos tanto de naturaleza jurídica como no jurídica que desarrollen dichos tratados y acuerdos (Derecho comunitario derivado) así como la interpretación que de los mismos realicen los órganos de control previstos por tales tratados y acuerdos. Precisamente a través de esta vía, el TC se ha referido en sus pronunciamientos, por ejemplo, a los derechos y libertades proclamados recientemente por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ¹⁴, o a las decisiones del TJCE a la hora de considerar los derechos y libertades fundamentales en su función de garantizar la recta interpretación y la aplicación de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas (CEE) ¹⁵.

Pese a la importancia de esta contribución a la determinación del alcance de los derechos y libertades fundamentales, no cabe duda que en caso de una eventual contradicción entre CE y Derecho comunitario originario en la que tales derechos y libertades fundamentales se viesan afectados, prevalecerá el contenido y el alcance que el texto constitucional les otorgue a éstos últimos. Precisamente, pese a que no se refiriese a

¹² Cfr. Art. 10.2 CE.

¹³ Cfr. STC 64/1991. Ibid., fto. jco. 4.

¹⁴ Vid. STC 292/2000. Ibid., fto. jco. 8; voto particular a la STC 290/2000 de 30 de noviembre. También puede consultarse el discurso pronunciado el 7 de noviembre de 2001 por el Presidente del Tribunal Constitucional con ocasión de la renovación parcial de dicho Tribunal (en <http://www.tribunalconstitucional.es/discurso.htm>). El texto de “la Carta” puede consultarse en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de 18 de diciembre de 2000, C 346/1.

¹⁵ Vid. Art. 220 del Tratado de la Comunidad Europea y art. 136 CEEA.

un derecho o libertad considerado por nuestro texto constitucional como fundamental, el TC declaró que existía una contradicción entre el art. 13.2 de la CE y el Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992, cuya ratificación obligó a reformar previamente el texto constitucional con tal de permitir que los extranjeros también pudiesen gozar, en condiciones de reciprocidad, del sufragio pasivo en las elecciones municipales ¹⁶. La pertinencia de esta reforma constitucional constituye una muestra de la necesidad de conciliar la CE con el Derecho comunitario originario y de la competencia de nuestro TC para conocer de sus eventuales contradicciones; incluidas las que pudieran producirse entre los derechos y libertades garantizados por la CE y las exigencias establecidas por el Derecho comunitario originario ¹⁷.

Sin embargo, la solución anterior no es la seguida en las hipotéticas colisiones entre la CE y el Derecho comunitario derivado en materia de derechos y libertades fundamentales. Según el TC:

“[...] la vinculación al Derecho comunitario –instrumentada, con fundamento del art. 93 CE., en el Tratado de adhesión– y su primacía sobre el Derecho nacional en las referidas materias no pueden relativizar o alterar las previsiones de los arts. 53.7 y 161.1 b) CE. Es por ello evidente que no cabe formular recurso de amparo frente a normas o actos de las instituciones de la Comunidad, sino solo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 41.2 LOTC, contra disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos internos.”¹⁸

La posición que ha adoptado nuestro TC implica que escape a su control la adecuación del Derecho comunitario derivado a los derechos y libertades fundamentales proclamados por la CE. Por el contrario, este control si se ejercerá sobre el Derecho nacional que sirva de desarrollo al Derecho comunitario derivado. Para el TC:

“[...] el único canon admisible para resolver las demandas de amparo es el del precepto constitucional que proclama el derecho o libertad cuya infracción se denuncia, siendo las normas comunitarias relativas a las materias sobre las que incide la disposición o acto recurrido en amparo un elemento más para verificar la consistencia o inconsistencia de aquella infracción, lo mismo que sucede con la legislación interna en materias ajenas a la competencia de la Comunidad.”¹⁹

¹⁶ La reforma del texto constitucional consistió en añadir el inciso “y pasivo”.

¹⁷ El control del Derecho comunitario originario puede ejercerse *a priori*, mediante el control previo de constitucionalidad (arts. 95 CE y 78 LOTC) o *a posteriori* (una vez se haya prestado el consentimiento al tratado internacional), a través de la declaración de inconstitucionalidad: a) recurso de inconstitucionalidad (arts. 161a CE y 27.2 y 32.1 LOTC); y b) cuestión de inconstitucionalidad (arts. 163 CE y 35 LOTC). No obstante, el propio TC ha puesto de manifiesto que resulta preferible examinar la constitucionalidad de un tratado internacional antes de que se le preste el consentimiento, utilizando para ello la vía del control previo de constitucionalidad, ya que si, eventualmente, se declarase la inconstitucionalidad del mismo con posterioridad a su celebración, dicha declaración podría originar importantes inconvenientes. *Vid.* TC. Declaración de 1 de julio de 1992.

¹⁸ *Cfr.* STC 64/1991. *Ibid.*, fto. jco. 4.

¹⁹ *Cfr.* *Ibid.*, fto. jco. 4.

El Derecho comunitario derivado constituye así un punto de referencia para que el TC pueda dilucidar si el Derecho nacional es consecuente con el respeto de los derechos y libertades fundamentales, pero en ningún momento el TC se ha planteado determinar la conformidad del Derecho comunitario derivado con tales derechos y libertades, ya que:

“[...] en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho Comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es regular desde la estricta perspectiva de el ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el art. 10.2 CE.”²⁰

Tal y como hemos podido comprobar en el apartado anterior, las contradicciones entre Derecho comunitario derivado y Derecho nacional tienen la consideración de “conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria”, razón que explica el hecho de que el TC se haya declarado incompetente para conocer de dichos conflictos normativos. Ahora bien, lo que debemos plantearnos en este momento es si el TC puede ejercer algún tipo de control sobre tales “conflictos infraconstitucionales” en el caso de que se vean afectados los derechos y libertades fundamentales. El TC señaló al respecto en su Sentencia 180/1993, de 31 de mayo, que:

“[...] como ya ha[b]ía quedado dicho, la selección de las normas aplicables y su interpretación corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que con carácter exclusivo les atribuye el art. 117.3, [pero] ello no significa que la determinación de la norma aplicable al caso carezca siempre y en todos los casos de relevancia constitucional alguna. Como ya se dijo en la STC 90/1990, este Tribunal está llamado a ejercitar un cierto control sobre la selección de la norma aplicable llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales, si bien este control sólo podría producirse, en términos generales, si se ha tratado de una selección arbitraria o manifiestamente irrazonable (STC 23/1987) o ha sido fruto de un error patente; o si de dicha selección se ha seguido daño para otro derecho fundamental distinto al de la tutela judicial efectiva e igualmente tutelable a través de la vía del recurso de amparo [...]”²¹.

Por tanto, aunque el TC no está llamado en un principio a conocer de lo que considera un conflicto normativo que debe resolverse ante la jurisdicción ordinaria, sí se ha considerado competente para ejercer un control sobre dichos conflictos infraconstitucionales cuando en estos últimos puedan encontrarse comprometidos los derechos y libertades considerados constitucionalmente como fundamentales. De este modo, el TC ha asumido una misión de control de la aplicación del Derecho comunitario derivado cuando puedan verse afectados los derechos y libertades fundamentales.

Así pues, el TC se ha declarado competente para llevar a efecto un control general e indirecto de la aplicación del Derecho comunitario derivado con el objeto de salvaguardar el respeto de los derechos y libertades fundamentales proclamados en el texto constitucional, fundamentalmente, a través de dos vías diferentes. Por un lado, ejerciendo un control sobre la aplicación del Derecho comunitario derivado, examinando para ello no los actos comunitarios propiamente dichos, sino los actos internos a través de

²⁰ Cfr. *Ibid.*, fto. jco. 4.

²¹ Cfr. STC 180/1993, de 31 de mayo, fto. jco. 4.

los cuales éste se desarrolla o ejecuta en el ámbito del Derecho interno; y, por otro lado, comprobando si la selección errónea por parte del juez nacional de la norma jurídica aplicable a un caso concreto conlleva un menoscabo o una transgresión de los derechos y libertades fundamentales previstos por la CE.

Como acabamos de ver, el TC elude enjuiciar directamente la norma comunitaria, función que considera propia de los órganos jurisdiccionales ordinarios. Pese a ello, se arroga, en última instancia, un discreto papel para la protección de los derechos y libertades fundamentales, consistente en el ejercicio de un control de los actos internos de desarrollo o ejecución del Derecho comunitario, así como en el desarrollo de un control de la selección de la norma aplicable por el juez nacional. No obstante, el examen de la práctica demuestra que el TC no se ha visto en la tesitura de tener que “intervenir” para proteger los derechos y libertades fundamentales constitucionalmente reconocidos poniendo en riesgo u obstaculizando la normal aplicación del Derecho comunitario derivado²².

III. EL CONTROL POR PARTE DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

A) De la aplicación del Derecho comunitario

El Tribunal Supremo [TS] afirmó en su sentencia de 28 de abril de 1987, que el Derecho comunitario europeo tenía:

“[...] eficacia directa y carácter prevalente en virtud de la cesión parcial de soberanía que supone la adhesión de España a la Comunidad autorizada por Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto [...], en cumplimiento del artículo 93 de nuestra Constitución [...], hecho a la medida para esta circunstancia.”²³

Con esta afirmación, el TS pretendía poner de manifiesto que el control de la aplicación del Derecho comunitario –encomendado en su vertiente jurisdiccional a los tribunales ordinarios– debía estar presidido por los principios de primacía y efecto directo de las normas comunitarias. La puesta en práctica de dichos principios por la jurisdicción ordinaria, lleva aparejada una serie de consecuencias en la interacción entre Derecho comunitario y Derecho interno que el TS sintetizó poco después en su Sentencia de 17 de abril de 1989. Para el TS:

²² A la vista del análisis de sus sentencias, el TC se muestra bastante respetuoso con la aplicación del Derecho comunitario derivado, lo que contrasta con posiciones más beligerantes adoptadas por otras jurisdicciones constitucionales como es el caso, según hemos dicho, de la alemana e italiana. Para un conocimiento de las posiciones de diferentes jurisdicciones constitucionales, puede consultarse el trabajo de Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS y Alejandro VALLE GÁLVEZ: “El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales Nacionales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 2 (1997), págs. 350 a 366.

²³ *Cfr.* STS 1987/4499, de 28 de abril, fto. jco. 1.

“[L]a consecuencia más elemental de esta eficacia inmediata y directa, así como de su situación en lo alto de la escala normativa, consiste en su prevalencia respecto de cualquiera otra disposición general interna (incluso con rango de ley) que obstaculice, perturbe o disminuya [la] aplicación [del Derecho comunitario].”²⁴

Con ello se pretende asegurar la aplicación uniforme del Derecho comunitario en todos los Estados miembros, encargándose el juez nacional de resolver los posibles conflictos que puedan plantearse entre éste y el Derecho nacional con arreglo a los principios propuestos.

Ahora bien, aunque el juez nacional esté llamado a controlar la aplicación del Derecho comunitario teniendo presente su carácter prevalente y su eficacia directa, no siempre resulta sencillo determinar cual es el alcance de dicho control y, sobre todo, cuales son los efectos que se derivan del mismo.

El juez nacional debe aplicar el Derecho comunitario de conformidad con los principios de primacía y efecto directo, interpretando sus disposiciones con la asistencia del TJCE, pero en ningún momento puede declarar la invalidez del Derecho comunitario²⁵. Pese a ello, cabe hacer alguna precisión en relación con ésta última cuestión, debido a que es posible diferenciar el planteamiento de una hipotética declaración de invalidez entre el Derecho comunitario originario y el derivado.

En efecto, el Derecho comunitario originario se presume válido, razón por la cual ni el juez nacional, ni siquiera el TJCE, puede formular declaración de invalidez alguna. Sin embargo, el TC no sólo se considera competente para ejercer un control previo de la conformidad del Derecho comunitario originario con el texto constitucional, sino que podrá declarar la inconstitucionalidad del Derecho comunitario originario caso de que contraviniese la CE. Precisamente, el juez nacional, se encuentra entre los legitimados para promover dicha declaración de inconstitucionalidad a través de la llamada “cuestión de inconstitucionalidad”²⁶. No obstante, esta posibilidad, aunque factible en teoría, no deja de ser remota en la práctica, razón por la cual podemos terminar afirmando que el Derecho comunitario originario se convierte en una especie de normativa “intocable”.

Por el contrario, el juez nacional sí podrá cuestionarse la validez del Derecho comunitario derivado, pero si llega al convencimiento de que efectivamente es inválido tendrá que plantear la cuestión al TJCE. El TS ha señalado en este sentido que:

“[...] en el supuesto de impugnación de la validez de un acto o norma comunitaria derivada, el órgano jurisdiccional nacional ‘no tiene facultad de declarar su invalidez’ [...] o, en otras palabras, tiene competencia para desestimar las objeciones que se formulen contra su validez, pero, por el contrario, no la tiene para apreciar y declarar su invalidez, sin acudir a un pronunciamiento prejudicial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.”²⁷

²⁴ Cfr. STS 1989/4524, de 17 de abril, fto. jco. 2.

²⁵ En relación con esta cuestión, el Parlamento Europeo llamó la atención “sobre el riesgo que entraña para la aplicación e interpretación uniforme del Derecho comunitario cualquier tentativa de control por parte de los tribunales constitucionales de los Estados miembros sobre la validez de los actos normativos comunitarios”. Cfr. Resolución del Parlamento Europeo sobre el decimocuarto informe anual de la Comisión sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario (1996). *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de 23 de febrero de 1998. C 56.

²⁶ Vid. Art. 163 CE y 35 LOTC. También, nota 19.

²⁷ Vid. STS. 1996/6785 de 20 de septiembre.

Así pues, si una norma comunitaria de Derecho derivado resulta cuestionada, el juez nacional podrá interpretarla y declarar su validez, pero si sospecha o tiene la certidumbre de que es inválida, deberá plantear necesariamente su invalidez ante el TJCE²⁸. Será éste último el encargado de declarar la validez o no de la norma cuestionada, quedando el juez nacional vinculado por la decisión que adopte el TJCE²⁹. Mientras que se pronuncia el TJCE, el juez nacional podrá suspender los actos nacionales de desarrollo o de ejecución de la normativa comunitaria³⁰, siempre y cuando verifique previamente que concurren en el asunto determinadas condiciones³¹.

²⁸ Vid. Art. 234 del Tratado de la Comunidad Económica y el art. 150 de la CEEA.

²⁹ El TJCE señala que:

“[e]stos órganos jurisdiccionales [nacionales] pueden examinar la validez de un acto comunitario y, si no encuentran fundados los motivos de invalidez que las partes alegan ante ellos, desestimarlos concluyendo que el acto es plenamente válido. En efecto, al actuar de este modo, no enjuician la existencia del acto comunitario. En cambio, no tienen facultad de declarar inválidos los actos de las instituciones comunitarias. En efecto, tal y como se subrayó en la sentencia de 13 de mayo de 1981 (*International Chemical Corporation*, 66/80, Rec. 1981, pág. 1191), las competencias reconocidas al Tribunal de Justicia por el artículo 177 tienen esencialmente por objeto garantizar una aplicación uniforme del Derecho comunitario por los órganos jurisdiccionales nacionales. Esta exigencia de uniformidad es particularmente imperiosa cuando se trata de la validez de un acto comunitario. Según la sentencia, las divergencias entre los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros en cuanto a la validez de los actos comunitarios pueden llegar a comprometer la misma unidad del ordenamiento jurídico comunitario y perjudicar la exigencia fundamental de la seguridad jurídica” (TJCE, *Sentencia Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, de 22 de octubre de 1987, as. 314/85, Rec. 1987, párrs. 14 y 15).

³⁰ Según el TJCE:

“[...] la suspensión de la ejecución debe tener un carácter provisional. Por ello, el órgano jurisdiccional nacional que se pronuncia sobre las medidas provisionales sólo puede ordenar la suspensión hasta que el Tribunal de Justicia se haya pronunciado sobre la cuestión de la apreciación de la validez. Por consiguiente le incumbe, en el supuesto de que ésta no se haya sometido ya al Tribunal de Justicia, plantear esta cuestión, exponiendo los motivos de invalidez que a su juicio se debe considerar que concurren” (TJCE. *Sentencia Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG c. Hauptzollamt Itzehoe y Zuckerfabrik Soest GmbH c. Hauptzollamt Paderborn*, de 21 de febrero de 1991, as. C-143/88 y C-92/89, Rec. 1991, párr. 24).

³¹ Para el TJCE:

“[...] un órgano jurisdiccional nacional sólo puede ordenar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo nacional adoptado en ejecución de un Reglamento comunitario: cuando dicho órgano jurisdiccional tenga serias dudas acerca de la validez del acto normativo comunitario y cuando, en el supuesto en que no se haya ya sometido al Tribunal de Justicia la cuestión de la validez del acto impugnado, la plantee él mismo; cuando sea urgente y el demandante pueda sufrir un perjuicio grave e irreparable; y cuando dicho órgano jurisdiccional tenga debidamente en cuenta el interés de la comunidad” (TJCE. *Sentencia Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG...*, cit., párr. 31).

A la inversa de lo que sucede en el supuesto anterior, el juez nacional adquiere un mayor protagonismo en el caso de que el cuestionamiento se circunscriba a la falta de adecuación de la norma nacional a la comunitaria. Cuando el motivo de la impugnación consiste en aquella falta de conformidad, el juez nacional es el encargado de declarar la existencia de dicha contravención.

Si el juez nacional necesita interpretar la norma comunitaria para determinar si efectivamente existe o no disconformidad con la norma nacional, podrá solicitar que el TJCE interprete la norma comunitaria a fin de determinar si existe la falta de adecuación sospechada. Como el mismo TS nos recordó en su Sentencia de 25 de febrero de 1992, el planteamiento de una cuestión de interpretación ante el TJCE es facultativo para el juez nacional. Para el TS:

“[...] es evidente que los Tribunales nacionales de los distintos países no están obligados ni deben plantear cuestiones prejudiciales ante dicho Tribunal de Justicia por el sólo hecho de que se suscite cualquier problema que exija la aplicación de la normativa comunitaria, toda vez que tal planteamiento únicamente se debe realizar en aquellos supuestos en que la disposición comunitaria aplicable presente serias y fundadas dudas de interpretación siendo muy difícil adoptar una solución segura ante la oscuridad, vaguedad o imprecisión de los términos de la norma.”³²

Ni tan siquiera si el tribunal nacional resulta ser un órgano jurisdiccional de última instancia, está obligado éste a plantear la cuestión prejudicial necesariamente ³³.

Una vez interpretada la norma comunitaria en cuestión por el TJCE, el juez nacional es el responsable de declarar si la norma nacional se acomoda o no a la norma comunitaria.

Si para determinar la existencia de disconformidad entre la norma nacional y la comunitaria, el juez nacional tiene que interpretar la norma nacional, la interpretación de la misma es responsabilidad exclusiva del juez nacional, sin que pueda requerir para ello la asistencia del TJCE. Tal y como reconoció el TS en su sentencia de 22 de septiembre de 1999

“[...] al Tribunal de Luxemburgo sólo se podrá acudir *in genere* a la cuestión prejudicial cuando al Tribunal interno se les presente un tema que afecte exclusivamente al Derecho comunitario, ya que no es competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas entrar en el examen del derecho interno de los Estados miembros y que, desde

³² Cfr. STS 1992/1376, de 25 de febrero, fto. jco. 4.

³³ El TS advierte que:

“[...] existen dos hipótesis que dispensan al Juez de última instancia del reenvío: la primera es aquella en que exista una jurisprudencia establecida por el TJCE que resuelva el punto controvertido, cualquiera que sea la naturaleza de los procedimientos que hayan dado lugar a dicha jurisprudencia; la segunda se produce cuando la aplicación correcta del Derecho comunitario se impone con una evidencia tal que no da lugar a ninguna duda razonable sobre la manera de resolver la cuestión [...]; en tal caso, siempre que el órgano jurisdiccional nacional esté convencido de que ‘la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia’, podrá abstenerse de someter la cuestión al Tribunal de Justicia” (Cfr. STS 1996/6785, de 20 de septiembre, fto. jco. 4).

luego, al artículo 177 del Tratado (actualmente art. 234) no autoriza al Tribunal de Luxemburgo a decidir o pronunciarse sobre la aplicabilidad de la legislación de dichos Estados miembros, y así se desprende de una interpretación lógica de dicho precepto y de la jurisprudencia del mencionado Tribunal [...] En este sentido, en las múltiples remisiones de cuestiones prejudiciales, el Tribunal de Justicia se ha encontrado frente a alguna que excedía el marco del mandato que le confiere el tantas veces mencionado artículo 177 (actualmente art. 234); unas, piden al Tribunal que realice apreciaciones sobre Derecho nacional en relación al Derecho comunitario, y en otras, se pide que el Tribunal intervenga en situaciones puramente internas. Pues bien el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha declinado siempre entrar en materias que corresponden a la competencia nacional bien declarándose incompetente *a limine*, bien indicando al órgano jurisdiccional nacional cuales son los límites de influencia del Derecho comunitario [...].”³⁴

Finalmente, si el juez nacional llega al convencimiento de que existe una incompatibilidad entre el Derecho comunitario y el nacional, deberá declarar aplicable el aquél en virtud de los principios de primacía y efecto directo, dejando inaplicada la normativa nacional contraria a las exigencias comunitarias. El TS puso de manifiesto en su sentencia de 24 de abril de 1990 que:

“Las normas anteriores que se opongan al Derecho comunitario deberán entenderse derogadas y las posteriores contrarias, habrán de reputarse inconstitucionales por incompetencia –artículos 93 y 96.1 de la Constitución Española [...]– pero no será exigible que el juez ordinario plantee la cuestión de inconstitucionalidad [...] para dejar inaplicada la norma estatal, porque está vinculado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que tiene establecido el principio *pro communitate*.”³⁵

Aunque resulta discutible que la contradicción entre Derecho comunitario y Derecho nacional pueda considerarse como un problema de constitucionalidad –máxime si el propio TC ha considerado este supuesto como un conflicto de normas “infraconstitucionales”–, lo cierto es que como el TJCE ya tuvo ocasión de señalar, en caso de contravención entre la normativa comunitaria y la nacional, prevalece la primera y queda inaplicada la segunda ³⁶. El juez nacional es por tanto quien debe examinar la

³⁴ Cfr. STS 1999/6604, de 22 de septiembre, fto. jco. único.

³⁵ Cfr. STS 1990/2747, de 24 de abril, fto. jco. 4.

³⁶ El TJCE señaló que:

“[...] se deduce de todo anterior que el juez nacional, dentro del marco de su competencia, tiene la obligación de aplicar íntegramente el Derecho comunitario y de proteger los derechos que éste le confiere a los particulares, dejando inaplicada cualquier disposición de la ley nacional, anterior a la norma comunitaria; y, por supuesto, que fuese incompatible con las exigencias inherentes a la naturaleza misma del Derecho comunitario cualquiera que sea la disposición del orden jurídico nacional o la práctica, legislativa, administrativa o judicial, que tuviera por efecto disminuir la eficacia del Derecho comunitario o impedir que el juez comunitario pueda aplicar este Derecho, pudiendo hacer, en el momento mismo de la aplicación, todo lo que fuese necesario para rechazar las disposiciones legislativas nacionales que constituyan obstáculo a la plena eficacia de las normas comunitarias; éste también sería el caso si, en la hipótesis de una contradicción entre una disposición de Derecho comunitario y una ley nacional posterior, la solución de este conflicto estuviera reservada al juez llamado a asegurar la aplicación del Derecho comunitario, investido para

compatibilidad entre el Derecho comunitario y la normativa nacional y declarar en su caso, inaplicada ésta última. Tal y como el TS reconoció en su Sentencia de 22 de junio de 1993:

“[...] el Tribunal de Justicia ha declarado [...] su incompetencia para pronunciarse sobre la eventual incompatibilidad de las disposiciones de derecho nacional –legal o reglamentario– con el Derecho Comunitario.”³⁷

Ahora bien, el TS sostuvo en varias sentencias pronunciadas en noviembre de 1990, que:

“[...] los particulares tienen derecho a hacer controlar por el Juez nacional las normas internas aprobadas por el Gobierno para desarrollar las directivas; más ese control tiene en el Ordenamiento jurídico español el límite que viene impuesto por el art. 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa [...], es decir, que las normas internas dictadas para desarrollo de la directiva tenga rango inferior a la Ley. En otro caso [...] los Tribunales españoles no pueden ejercer el control de adecuación de las leyes con las directivas que desarrollen o introduzcan.”³⁸

La posición adoptada por el TS en las sentencias referidas implicaba un reparto de las tareas de control de la aplicación del Derecho comunitario. La jurisdicción ordinaria sería competente para examinar la adecuación entre el Derecho comunitario y la normativa nacional con rango reglamentario, ya que el control de la acomodación de la normativa nacional con rango legal a las exigencias del Derecho comunitario, correspondería al TC. Sin embargo, sería el propio TC el que corregiría la postura errática del TS. Partiendo de la sentencia del TC 28/1991, de 14 de febrero, el TS ha terminado admitiendo que:

“[...] el Juez español como Juez comunitario, puede inaplicar la norma interna *con rango de ley* si es contraria al derecho comunitario o plantear la cuestión prejudicial sobre la adecuada o correcta interpretación de la norma comunitaria [...]” (las cursivas son nuestras)³⁹

Así pues, la jurisdicción ordinaria es competente para conocer de la contradicción entre la normativa comunitaria y la normativa nacional y para declarar la inaplicación de ésta última con independencia de cual sea su rango, pudiendo adoptar el juez nacional en tal caso, las medidas provisionales que estimase oportunas ⁴⁰.

ello de un poder de apreciación propio, incluso si el obstáculo para la plena eficacia de este Derecho no fuese más que temporal” (Cfr. TJCE: sentencia *Administration des finances de l'Etat c. Societé anonyme Simmenthal* (demande de décision préjudicielle, formé par le Pretore de Susa), de 9 de marzo de 1978, as. 106/77, Rec. 1978, pars. 22 y 23).

³⁷ Cfr. STS 1993/6752, de 22 de junio, fto. jco. 3.

Cfr. STS 1991/3439, de 23 de noviembre, fto. jco. 4. También, *vid.* SsTS 1991/1704, de 26 de noviembre, fto. jco. 4; 1991/3440, de 28 de noviembre, fto. jco. 4º; 1991/3441, de 29 de noviembre, fto. jco. 4 y 1991/3442, de 30 de noviembre, fto. jco. 4º.

³⁹ Cfr. STS 1999/6604, de 22 de septiembre, fto. jco. único.

⁴⁰ Para el TJCE: “[...] el Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional, que esté conociendo de un litigio relativo al Derecho comunitario, debe excluir la aplicación de una norma de Derecho nacional que considere que constituye el único

B) Del respeto de los derechos fundamentales en la aplicación del Derecho comunitario

El TS señaló en su sentencia de 24 de abril de 1993 que si existía contradicción entre la norma comunitaria y la norma nacional, el juez nacional tendría que declarar la inaplicación de la norma nacional independientemente de cual fuera su rango. Para el TS:

“[...] no puede alegarse con éxito la prevalencia de normas anteriores en contradicción con las comunitarias, que desplazan a las de derecho interno, cualquiera que sea el rango de éstas últimas. Partiendo, pues, de este principio, no puede alegarse con éxito la prevalencia de normas anteriores de derecho interno, *incluso de rango constitucional*, que se oponga, a las normas comunitarias [...]” (las cursivas son nuestras)⁴¹

Cierto es que esta interpretación resulta absolutamente respetuosa con el Derecho comunitario, pero tampoco deja de ser menos cierto que suscita algunas dudas en su relación con las normas constitucionales, máxime si dichas normas constitucionales invocan derechos y libertades fundamentales⁴².

Tal y como señalamos con anterioridad, resulta bastante improbable que se suscite una cuestión en la que concurra una contradicción entre Derecho comunitario originario y CE, incluso en materia de derechos y libertades fundamentales. Sin embargo, esta problemática si puede evocarse en el plano de las relaciones entre Derecho comunitario derivado y Derecho interno.

Ya sabemos que el TC se considera competente para conocer de las eventuales contradicciones entre el Derecho comunitario originario y la Constitución, pero por lo que se refiere a los problemas planteados por la aplicación del Derecho comunitario derivado, la resolución de los mismos forma parte de la competencia atribuida a la jurisdicción ordinaria.

Así pues, y si esto es así, ¿el juez nacional tendría que aplicar indefectiblemente la norma comunitaria, aun a sabiendas que se opone a los derechos y libertades reconocidos por la CE, tal y como sugiere el TS en la sentencia referida? En principio, si el juez nacional advierte que la norma comunitaria que está llamado a aplicar conlleva un riesgo o acarrea una transgresión de algún derecho o libertad fundamental, deberá plantear una cuestión prejudicial al TJCE, quien realizará una interpretación de la norma comunitaria implicada tratando de conciliar el cumplimiento de las exigencias comunitarias con el respeto de los derechos y libertades fundamentales⁴³. Si esta conciliación no es posible y

obstáculo que le impide conceder medidas provisionales”. Cfr. TJCE. Sentencia *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd y otros*, de 19 de junio de 1990, as. C-213/89, Rec. 1991, parr. 20.

⁴¹ Cfr. STS 1993/2654, de 24 de abril, fto. jco. 2.

⁴² Al contrario de lo que sucede con el TC, el TS no tiene reparos en admitir sin paliativos la superioridad del Derecho comunitario sobre el Derecho interno, incluso si se tratan de normas previstas en la propia CE. Ni siquiera resulta necesario preguntarse si las relaciones entre Derecho comunitario y Derecho interno deben entenderse en clave de jerarquía o de competencia...

⁴³ Según el TJCE, “[s]i bien le incumbe al Tribunal asegurar el respeto de los derechos fundamentales en el dominio del Derecho comunitario, no le corresponde, sin embargo, examinar la compatibilidad, con el convenio europeo, de una ley nacional que se sitúa, tal y como sucede en

la aplicación de la norma comunitaria supone una vulneración de estos derechos y libertades, el TJCE tendría que declarar la invalidez de la norma comunitaria, ya que como este mismo órgano jurisdiccional ha tenido ocasión de proclamar, el respeto de los derechos y libertades fundamentales constituye “un requisito para la legalidad de los actos comunitarios”⁴⁴.

El juez nacional podría –contraviniendo en teoría las prescripciones establecidas por el Derecho comunitario de modo no exento de problemas en la práctica, ocasionados por el propio Derecho nacional– dirigirse al TC en defensa de los derechos o libertades supuestamente conculcados por el Derecho comunitario derivado. Pero, por un lado, tendríamos que plantearnos si la normativa nacional que regula el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad por jueces y tribunales permitiría la impugnación de actos comunitarios de Derecho derivado⁴⁵. Y por otra parte, caso de que lo anterior fuese posible, nos encontraríamos con la negativa del TC de conocer de estos asuntos. Además, si la iniciativa partiese del mismo particular haciendo uso del recurso de amparo ante el TC, los problemas con los que tropezaría serían los mismos⁴⁶.

Por consiguiente, la solución más razonable y acorde con el Derecho comunitario consistiría en que el juez nacional plantease una cuestión prejudicial al TJCE, y en su caso, que fuera esta última jurisdicción la que procediera a invalidar la norma comunitaria por conculcar los derechos y libertades fundamentales. Como contrapartida, el particular perdería la posibilidad de emplear un recurso constitucionalmente reconocido como es el recurso de amparo frente a la, cada vez, más prolífica normativa comunitaria. Es cierto que el Derecho comunitario prevé, sin embargo, distintos tipos de recursos, pero el acceso a los mismos bien les está generalmente vedado a los particulares (recurso prejudicial), bien su legitimación es especialmente restrictiva (recurso de anulación)⁴⁷.

Ahora bien, si el posible riesgo o la conculcación efectiva de un derecho o libertad fundamental tiene su origen en la falta de adecuación de la norma nacional a la comunitaria, el juez nacional será quien decida acerca de la aplicación de la norma nacional. El juez nacional podrá plantear una cuestión prejudicial al TJCE para que éste

este asunto, en un dominio que corresponde a la apreciación del legislador nacional”. *Cfr.* TJCE: Sentencia Cinéthèque SA et autres c. Fédération nationale des cinémas français, de 11 de julio de 1985, as. 60 y 61/84, Rec. 1985, parr. 26 (la traducción es propia). Ahora bien, “[...] desde el momento en que semejante normativa entra en el campo de aplicación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia, que conozca de un asunto planteado con carácter prejudicial, debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación, por el órgano jurisdiccional nacional, de la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia tal como están expresados, en particular, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos”. *Cfr.* TJCE. Sentencia *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE c. Dimotiki Etairia Pliroforissis y Sotirios Kouvelas*, de 18 de junio de 1991, as. C-260/89, Rec. 1991, parr. 41.

⁴⁴ *Cfr.* TJCE, Dictamen de 28 de marzo de 1996, 2/94, Rec. 1996, parr. 34.

⁴⁵ Esto nos llevaría a plantearnos si la normativa comunitaria entra dentro de las “normas con rango de ley” a las que se refiere el art. 35 de la LOTC.

⁴⁶ Al igual que en el supuesto anterior, el art. 41.2 de la LOTC no menciona a las normas comunitarias, sino que establece como susceptibles de amparo ante el TC las “disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo e institucional, así como de sus funcionarios y agentes”.

⁴⁷ *Vid.* art. 230 del Tratado de la Comunidad Europea y 146 CEEA.

interprete la norma comunitaria a fin de clarificar si en efecto existe una contradicción con la norma nacional en la que se encuentran implicados los derechos y libertades fundamentales. El juez nacional solicitará al TJCE que interprete la norma comunitaria en sí, no la adecuación a ésta última de la norma nacional. El TJCE determinará el contenido y el alcance de la norma comunitaria en cuestión, para que el juez nacional valore cuales son –si los hubiere–, los puntos de fricción entre ambas normativas, pero tal y como hemos visto, forma parte de la competencia del juez nacional declarar en su caso la inaplicación de la norma nacional ⁴⁸.

Al respecto, resulta ilustrativa la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de enero de 2000, que realizó una serie de consideraciones en torno a esta cuestión, que por sintetizar el estado de la cuestión de la protección de los derechos y libertades fundamentales en el ámbito comunitario, reproducimos a continuación en su integridad. Según este Tribunal:

“[...] la proclamación contenida en el artículo F.2 del Tratado de la Unión Europea [...] – que en la versión consolidada tras el Tratado de Amsterdam [...] ha pasado a ser el artículo 6.2 [...]– la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el

⁴⁸ El asunto *Jiménez Melgar* resulta prototípico de este supuesto. La no renovación de un contrato de una trabajadora del Excmo. Ayuntamiento de Los Barrios (Cádiz), por encontrarse embarazada, transgredía presuntamente una directiva comunitaria así como los derechos fundamentales de la trabajadora (discriminación por razón de sexo), lo que llevó a que el Juzgado de lo Social de Algeciras plantease una cuestión prejudicial al TJCE (Auto de 10 de noviembre de 1999). El TJCE respondió a las distintas cuestiones prejudiciales planteadas por el juzgado español en su sentencia de 4 de octubre de 2001, determinando en la misma que “[la] negativa de contratación de una trabajadora, considerada por lo demás apta para ejercer la actividad de que se trate, debido a su embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo, contraria a los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, de la Directiva 76/207 [...]”. *Cfr.* TJCE: Sentencia *Jiménez Melgar*, de 4 de octubre de 2001, as. C-438/99, Rec. 2001, parr. 46. La interpretación facilitada por el TJCE de los citados preceptos de la directiva, permitió que el Juzgado de lo Social de Algeciras concluyese señalando en los fundamentos jurídicos de su sentencia nº 2001/4271, de 28 de enero de 2002, que los hechos enjuiciados eran contrarios a la referida directiva y que por consiguiente la no renovación de la trabajadora podría considerarse como un despido nulo (fto. jco. 10º), si bien es cierto que, siguiendo la pauta seguida en muchas de las sentencias pronunciadas por los órganos jurisdiccionales nacionales, la contravención de los derechos y libertades fundamentales de la trabajadora (discriminación por sexo) lo refiere expresamente y exclusivamente a la CE (en el caso el art. 14 CE). *Vid.* *Ibid.*, fto. jco. 7º. Esta referencia final del juez nacional a la CE se explica, en nuestra opinión, por la falta de “visibilidad” que se deriva de la inexistencia de un catálogo comunitario de derechos fundamentales que fuerza al juez nacional a referirse a normas estatales para identificar el derecho fundamental en cuestión. Ciertamente es que el juez nacional podría invocar los derechos fundamentales contemplados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que nos hemos referido en páginas precedentes (*vid.*, nota 14), dando así cumplimiento a lo dispuesto en su art. 49.1. Según este precepto “[l]as disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiaridad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus competencias”. *Cfr.* art. 49.1. Sin embargo, pese a lo establecido en esta disposición, no debe olvidarse que la invocación por parte del juez nacional de la Carta no deja de ser discrecional, dado que hasta la fecha este instrumento internacional carece de fuerza jurídica, y en consecuencia, no resulta vinculante.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 [...], y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario. Formulado así en un texto básico del ordenamiento comunitario el obligado respeto por parte de la Unión a los derechos fundamentales reconocidos en el Convenio Europeo, y dado que la libertad de asociación –que incluye, en su vertiente negativa, el derecho a no asociarse– aparece expresamente reconocido en el artículo 11 del mencionado Convenio Europeo, en modo alguno puede decirse que la controversia suscitada en el presente litigio sea ajena al derecho comunitario [...] Sucede, sin embargo, que no existe cauce procesal para que recabemos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas un pronunciamiento sobre la interpretación y alcance que debe darse al mencionado derecho fundamental en el seno del derecho comunitario; y no disponemos de ese cauce procesal sencillamente porque el citado Tribunal con sede en Luxemburgo no tiene atribuida competencia para emitir un pronunciamiento como el que acabamos de indicar. Aunque el Tratado de Amsterdam firmado el 2 de octubre de 1997 amplió considerablemente las atribuciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en diversos ámbitos, no lo hizo en grado suficiente como para que por vía de la cuestión prejudicial del antiguo artículo 177 del Tratado de Roma (actual artículo 234 del Tratado Constitutivo de la CE) podamos recabar su interpretación sobre el alcance de un determinado derecho fundamental incardinado en el derecho comunitario para luego determinar si un precepto de la legislación interna ha sido o no respetuoso con aquella interpretación. En efecto, a raíz de las modificaciones introducidas por el Tratado de Amsterdam en el artículo “L” del Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht en 1992 [...], las competencias del Tribunal de Justicia se extienden a la materia contemplada en el artículo F.2 (actual 6.2) del citado Tratado de la Unión Europea que antes hemos transcrito, pero tal asignación competencial relacionada con la protección de los derechos fundamentales se formula únicamente ‘con respecto a la actuación de las instituciones [comunitarias] y en la medida en que el Tribunal de Justicia sea competente con arreglo a los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y al presente Tratado [de Amsterdam]’. Así las cosas, el Tribunal de Justicia tiene atribuida competencia para examinar y controlar, por los cauces previstos en los Tratados, que la actuación de las instituciones comunitarias sea respetuosa con los derechos fundamentales tal y como éstos se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; pero no existe una atribución de igual alcance con relación a la actuación de los poderes públicos de cada uno de los Estados miembros.”⁴⁹

En consecuencia, el juez nacional termina siendo el único encargado de aplicar o declarar inaplicable la normativa nacional. Esta tarea sólo podrá ser compartida, según hemos visto en páginas precedentes, por el TC, que se ha declarado competente para conocer:

– En primer lugar, y con carácter extraordinario, de la inadecuación de la norma nacional a la comunitaria en el caso de que el juez nacional, a la hora de seleccionar la norma jurídica aplicable a un asunto, lo hiciera erróneamente –por ejemplo, aplicando una norma nacional en vez de la norma comunitaria– causando con ello un perjuicio para los derechos y libertades fundamentales del particular. El TC, recordamos, admitió en su sentencia 180/1993 de 31 de mayo, su competencia para ejercer

⁴⁹ Cfr. STSJ de Madrid nº 50/2000, de 19 de enero, ftos. jcos. 2 y 3.

“[...] un cierto control sobre la selección de la norma aplicable llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales [...] si de dicha selección se ha seguido un daño para otro derecho fundamental distinto al de la tutela judicial efectiva igualmente tutelable a través de la vía del recurso de amparo [...]”⁵⁰

– Y, en segundo lugar, y con carácter ordinario, de la vulneración por la normativa nacional de los derechos y libertades fundamentales, a través del recurso de amparo que eventualmente pudieran presentar los particulares.

IV. CONCLUSIONES

Aunque inicialmente el TJCE pretendió que la problemática de los derechos y libertades fundamentales quedase al margen del proceso de integración europea, no tardó mucho en declararse garante de estos derechos y libertades, y ello porque –como el propio Consejo de las CCEE alegaría ante el TJCE–, el respeto de los derechos y libertades fundamentales constituye una cuestión “transversal” que está presente en el ejercicio de cualquiera de las competencias comunitarias y que, por consiguiente, no se puede obviar⁵¹.

Sin embargo, el compromiso de velar por el respeto de los derechos y libertades fundamentales se ha visto doblegado por los objetivos marcados y la dinámica diseñada para la consecución de la integración europea, lo que no ha dejado de tener consecuencias en el reconocimiento y en la protección los derechos y libertades fundamentales, especialmente en el ámbito nacional.

El juez español, en su doble tarea de juez comunitario y de juez nacional, se ha visto llamado a ejercer –en tanto que juez comunitario– la labor compartida de aplicar el Derecho comunitario teniendo presente los dos principios aportados por el propio TJCE: los principios de primacía normativa y de eficacia directa. Haciendo uso de ellos, el juez español ha debido “inaplicar” cualquier normativa interna que se opusiese a la normativa comunitaria, sin que en ningún caso haya podido declarar la invalidez de cualquier acto comunitario por contravenir los derechos y libertades fundamentales, ya que esta posibilidad es competencia exclusiva del TJCE. Pero además, en el desempeño de su labor como juez nacional, el juez español ha recobrado el conjunto de sus competencias para inaplicar una norma nacional –guarde o no conexión con el Derecho comunitario– que considere vulneradora de los derechos y libertades fundamentales.

En medio de este reparto de competencias, el TC se ha visto abocado a concretar cual sería el papel que podría desempeñar en el nuevo marco jurídico. La práctica analizada demuestra que nuestro TC no ha querido interferir en la labor de aplicación judicial del Derecho comunitario, limitando sus facultades a la de resolver un hipotético conflicto entre CE y Derecho comunitario originario, dejando así a salvo su imagen de ser el máximo garante del texto constitucional. Por el contrario, ha declarado su incompetencia para conocer de cualquier contradicción que pudiera producirse entre el texto constitucional y el Derecho comunitario derivado, evitando así, cuanto menos, un conflicto de jurisdicciones. Puede afirmarse que aunque técnicamente hubiese sido

⁵⁰ Cfr. STC 180/1993, *ibid.* fto. jco. 4°.

⁵¹ Vid. TJCE, Dictamen de 28 de marzo de 1996, *ibid.*, p. I-1765, pfo. 8.

posible entrar a conocer de estos asuntos, el TC español ha sido sensible a la propia realidad comunitaria y ha preferido optar por “mirar hacia otro lado” cuando se plantea una eventual colisión entre la CE y el Derecho comunitario derivado, reenviando esta problemática a la jurisdicción ordinaria y reservándose en última instancia una competencia bastante tímida para el caso de que el propio juez ordinario errase en la resolución normativa de un asunto y se derivase de ello una transgresión de los derechos y libertades fundamentales. Asimismo y a semejanza del juez ordinario, el TC recobra sus atribuciones para enjuiciar la normativa nacional –guarde o no conexión con el Derecho comunitario– que se impugna como vulneradora de derechos y libertades fundamentales a través del conocido recurso de amparo.

Frente a todo ello, el particular que se considera lesionado en sus derechos y libertades fundamentales se ve resulta incapaz de identificar quién y cómo atenderá sus alegaciones⁵². Si la causa de la conculcación de sus derechos y libertades se encuentra en la normativa nacional, podrá utilizar los recursos internos previstos para ello, pero si el motivo está localizado en la normativa comunitaria, el particular podrá en condiciones excepcionales acudir directamente al TJCE, y en condiciones normales, dejar en manos del juez ordinario para que este último decida que hacer con sus derechos y libertades fundamentales⁵³.

⁵² El Defensor del Pueblo Europeo se ha referido a esta cuestión en su discurso pronunciado el 18 de noviembre de 2002 en Lisboa, en relación con los trabajos realizados por la Convención para el futuro de la Unión Europea. *Vid.* <http://www.euro-ombudsman.eu.int/speeches/es/2002-11-18.htm>

⁵³ Pese a la reiterada jurisprudencia del TC, aun el particular sigue considerando la denegación del planteamiento de la cuestión prejudicial por parte de la jurisdicción ordinaria, una vulneración de sus derechos y libertades fundamentales. Solo el TC, hasta la fecha, se ha referido a esta cuestión en aproximadamente una veintena de ocasiones. Recientemente, *vid.* STC 111/2001, de 7 de mayo.