

FORO DE ACTUALIDAD

UNIÓN EUROPEA

El problema del «doble vicio» en que pueden incurrir las leyes nacionales: infracción de la Constitución e infracción del Derecho de la Unión Europea. A propósito del caso Melki

El problema del «doble vicio» en que pueden incurrir las leyes nacionales: infracción de la Constitución e infracción del Derecho de la Unión Europea. A propósito del caso Melki

Las leyes nacionales plantean a veces problemas desde una doble perspectiva: el juez puede dudar de su conformidad con la Constitución nacional, y puede dudar también de su compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea. No existe ninguna regla clara que establezca cuál de las dos cuestiones debe tener prioridad en el análisis judicial. En el caso Melki, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado acerca de una norma francesa que obliga al juez ordinario a tramitar con carácter preferente la cuestión de inconstitucionalidad. El Tribunal ha aceptado una norma de este tipo, pero siempre que se respeten ciertas condiciones, con el fin de asegurar la plena eficacia del Derecho de la Unión.

The problem of the «double vice» that national laws may exhibit: breach of the Constitution and breach of European Union law. The Melki case.

The validity of national laws is sometimes questionable on two grounds: the judge may entertain doubts about their conformity with the national Constitution, and he or she may also entertain doubts about their compatibility with European Union law. There is no clear rule establishing which question has priority for purposes of the judicial analysis. In the Melki case, the European Court of Justice has reviewed a French statute that requires ordinary judges to raise constitutional questions first. The Court has upheld such a norm, but only if it complies with certain conditions which are necessary to guarantee the full effectiveness of European Union law.

El contexto: los efectos revolucionarios de la doctrina Simmenthal

A pesar de que han transcurrido más de tres décadas desde que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dictó sentencia en el caso Simmenthal (106/77, de 9 de marzo de 1978), la doctrina en ella establecida sigue siendo objeto de algunas resistencias. Y es que el principio que el Tribunal de Luxemburgo enunció en Simmenthal es verdaderamente revolucionario para la inmensa mayoría de los países europeos. Afirmar que todos los jueces, en la medida en que hayan de resolver casos concretos a los que resulte aplicable el Derecho comu-

nitario, están obligados a dejar de lado, por su propia autoridad, toda ley nacional que a su juicio contravenga lo dispuesto en el Derecho comunitario, supone erosionar el monopolio que tradicionalmente se ha atribuido a los tribunales constitucionales en materia de control de leyes. Como consecuencia de Simmenthal, se ha introducido en Europa un llamativo dualismo: el control de «constitucionalidad» de las leyes nacionales sigue estando reservado al tribunal constitucional (en la mayoría de los países europeos), pero el control de «comunitariedad» de esas mismas leyes se deposita en manos de todos los tribunales ordinarios, a los efectos de resolver los correspondientes pleitos.

No ha sido fácil para los abogados y jueces de los distintos Estados interiorizar plenamente la doctrina Simmenthal. Todavía hoy el TJUE se ve en la necesidad de recordar y aclarar algunos de sus aspectos fundamentales. Así, por ejemplo, es frecuente incurrir en el error de sostener que un juez nacional no puede inaplicar una ley nacional, por estimarla contraria al Derecho comunitario, si previamente no eleva una cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo. Este error suele nacer de la natural tendencia de los jueces y abogados a proyectar sobre el Derecho comunitario los rasgos propios de la «cuestión de inconstitucionalidad» que existe en muchos países europeos, incluido el nuestro. Piensan que, si el juez debe dirigirse al tribunal constitucional cuando pretende inaplicar una ley por contradecir la Constitución, las cosas deben ser parecidas en el plano comunitario: el juez debe dirigirse al «tribunal central» (en este caso, del TJUE con sede en Luxemburgo) si estima que una ley nacional infringe el Derecho comunitario.

El Derecho comunitario, sin embargo, no opera así, como ha explicado el TJUE en varias ocasiones. Para poder inaplicar una ley nacional, el juez no está obligado a elevar una cuestión prejudicial. La regla general, de acuerdo con los tratados, es que los órganos jurisdiccionales nacionales tienen simplemente la facultad, que no la obligación, de plantear cuestiones prejudiciales sobre problemas de Derecho comunitario. Sin embargo, cuando el problema de Derecho comunitario se suscite ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de recurso de Derecho interno, entonces —y sólo entonces— deja de haber una facultad y nace la obligación de plantear cuestión prejudicial, lo cual es lógico, en buena medida, si reparamos en el dato de que el error en que pueda incurrir ese tribunal nacional que resuelve en última instancia será irreversible desde el punto de vista comunitario, pues no existe ningún cauce procesal que permita a las partes impugnar su resolución ante el TJUE. (No existe, en otros términos, una «super-casación europea»). Este juego de regla/excepción se establece claramente en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que no modifica el orden de cosas que ya dibujó desde el primer momento el Tratado de Roma en el artículo 177 (que luego pasó a ser el 234, tras la reenumeración de artículos operada por el Tratado de Ámsterdam).

El TJUE sólo ha introducido, por vía jurisprudencial, dos importantes matices al régimen que se deduce del Tratado. Por un lado, ha «suavizado» el

régimen de la cuestión prejudicial de interpretación, al sostener que los tribunales que resuelven en última instancia se ven eximidos de su obligación de elevar cuestión prejudicial si la respuesta al problema de Derecho comunitario planteado es «clara» (en el sentido de que no existe duda razonable en la comunidad jurídica acerca de cuál es la respuesta correcta), o ha sido ya «aclarada» por el TJUE en una anterior sentencia o a lo largo de su jurisprudencia (y ello aunque la cuestión no sea materialmente idéntica a la ya examinada por el TJUE). Por otro lado, el TJUE ha «endurecido» la cuestión prejudicial de validez, en el sentido de que todos los órganos jurisdiccionales nacionales, con independencia de su posición en la pirámide judicial, están obligados a plantear cuestión prejudicial si pretenden que una norma o acto de la Unión Europea es inválido (a diferencia de si entienden que es válido).

Esta doctrina del TJUE está perfectamente recogida en la utilísima «Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales» (cuya última versión es de 15 de diciembre de 2009), publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea y que aparece de forma destacada en la página web del Tribunal. A pesar de ello, y como consecuencia de las resistencias cognitivas aludidas anteriormente, hace poco tiempo el TJUE (en el caso *Kücükdeveci*, C-555/07, de 19 de enero de 2010) ha tenido que responder a una pregunta formulada por un tribunal alemán, en la que éste, tras exponer que en Alemania los jueces no puede inaplicar por sí solos una ley alemana por colisionar con la Constitución, siendo preceptiva la intervención del Tribunal Constitucional alemán, se preguntaba si podía en cambio inaplicar una ley alemana, por contradecir el Derecho comunitario, sin antes promover una cuestión prejudicial al TJUE. Éste le respondió, como era de esperar, que no es preceptiva la cuestión prejudicial, aunque se vaya a inaplicar una ley, tratándose de tribunales nacionales que no conocen en última instancia.

También en España ha habido dificultades con la doctrina Simmenthal. Causó cierta inquietud en círculos comunitarios, por ejemplo, la sentencia 194/2006, de 19 de junio, del Tribunal Constitucional, de la que se desprendía que los jueces en España no pueden dejar de lado una ley por motivos de comunitariedad, sin plantear antes una cuestión al Tribunal de Luxemburgo. Recientemente, en el caso resuelto por la sentencia 78/2010, de 20 de octubre, el TC avocó un recurso de amparo para que fuera conocido por el Pleno, a fin de fijar

doctrina sobre la cuestión prejudicial de Derecho comunitario, «*rectificando la que deriva de la STC 194/2006*» (FJ 1).

Pues bien, es en el contexto de estas «dificultades» en el proceso de interiorización de la doctrina Simmenthal, en el que hay que situar la cuestión que el TJUE ha tenido que estudiar en la sentencia de 22 de junio de 2010, en los asuntos acumulados Aziz Melki (C-188/10) y Sélim Abdeli (C-189/10).

El problema que se plantea en el caso Melki

En el caso Melki se suscita el problema que podríamos denominar «del doble vicio» en que puede incurrir una ley nacional. En efecto, ¿qué sucede cuando el juez nacional se enfrenta a una ley que puede ser contraria, al mismo tiempo, a la Constitución nacional y al Derecho de la Unión Europea? El legislador francés ha establecido recientemente (por medio de la Ley orgánica n.º 2009-1523, de 10 de diciembre de 2009) que los jueces ordinarios deben examinar con carácter prioritario la cuestión de si la ley nacional aplicable al caso es conforme con los derechos y libertades que la Constitución nacional garantiza, elevando la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad al Consejo Constitucional francés (a través de la Corte de Casación o el Consejo de Estado, según la jurisdicción de que se trate). Aunque la ley pueda ser también contraria al Derecho de la Unión, el juez debe empezar por el problema constitucional. ¿Es ello conforme con el Derecho comunitario?, pregunta la Corte de Casación francesa en el caso Melki.

La respuesta del TJUE es que una legislación nacional que establece la mencionada prioridad de examen sólo resulta conforme con el Derecho de la Unión si cumple determinadas condiciones. En primer lugar, los jueces ordinarios deben poder plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo en cualquier momento procesal que estimen adecuado, tanto antes como después de haber elevado una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional nacional, e incluso una vez que éste haya resuelto la cuestión. En segundo lugar, los jueces ordinarios deben poder adoptar toda medida necesaria para asegurar la tutela judicial provisional de los derechos conferidos por el ordenamiento de la Unión. En tercer lugar, los jueces ordinarios deben poder dejar inaplicada, una vez finalizado el procedimiento incidental de control de constitucionalidad, la ley nacional controvertida, si la consideran contraria al Derecho de la Unión, y ello aunque

el Tribunal Constitucional haya descartado la inconstitucionalidad de esa ley.

El TJUE, además, sienta una regla especial, para el caso de las leyes nacionales cuyo contenido se limite a adaptar al Derecho interno las disposiciones imperativas de una directiva. Dado que sólo el TJUE tiene competencia para declarar la invalidez de un acto de la Unión, la cuestión de si una directiva es válida bajo el Derecho de la Unión tiene carácter previo con respecto a la cuestión de si es constitucional la ley nacional que desarrolla dicha directiva, cuando los motivos que afectan a la validez de la directiva y los que afectan a la ley nacional son los mismos.

El TJUE, pues, fuera de este caso especial que afecta a las directivas, entiende que es legítima la prioridad dada a la cuestión de inconstitucionalidad bajo el Derecho francés, siempre que se respeten las tres condiciones expuestas.

Es interesante señalar que el Tribunal de Luxemburgo no incluyó una condición adicional que la Comisión Europea propuso en sus observaciones, a saber: que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no ocasione una «*suspensión del procedimiento de fondo de excesiva duración*». El sistema francés cumpliría fácilmente este requisito, de imponerse, pues el Consejo Constitucional no está (de momento) saturado de asuntos, y resuelve dentro de un plazo razonable. Además, la legislación francesa permite al juez ordinario resolver el pleito sin esperar la decisión sobre la cuestión prioritaria de constitucionalidad, si la ley o el reglamento disponen que debe resolver dentro de un plazo determinado o con carácter urgente. Y si la suspensión del procedimiento pudiera causar consecuencias irreparables o manifiestamente desproporcionadas para los derechos de la parte, el juez puede pronunciarse sobre los aspectos del litigio que deban ser resueltos sin demora (artículo 23-3 de la Ley Orgánica n.º 2009-1523). Ahora bien, en otros países europeos la tardanza del Tribunal Constitucional en dar respuesta a las cuestiones promovidas por los jueces ordinarios es considerable, y el margen que tienen esos jueces para resolver el pleito sin esperar la sentencia del Tribunal es nulo o muy limitado. Por ello, se puede afirmar que el TJUE ha sido relativamente laxo en este punto, al no imponer este cuarto requisito que la Comisión sugería. Quizás ha pensado que basta con exigir que el juez pueda adoptar las medidas cautelares oportunas en protección de los derechos conferidos a una de las partes por el ordenamiento comunitario, mientras

se sustancia el procedimiento de control de constitucionalidad nacional.

Lo que sí deja claro el TJUE es que sería inadmisibles un sistema nacional en el que el problema de la contradicción entre la ley y el Derecho de la Unión se convirtiera automáticamente en un problema de constitucionalidad y, en consecuencia, entrara en juego el monopolio de rechazo del Tribunal Constitucional. Esta «absorción» del problema comunitario por parte de la cuestión de inconstitucionalidad supondría negar a los jueces ordinarios la potestad de control de las leyes que tienen atribuido en virtud de Simmenthal. Y, desde luego, la legislación nacional no puede privar a los jueces ordinarios de la facultad que tienen (obligación a veces) de plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo, pues ello supondría desviarse de la arquitectura judicial europea que se instauró en los tratados.

Las relaciones entre la «primacía» del Derecho de la Unión Europea y la «prioridad» en el análisis de las cuestiones comunitarias

Desde el punto de vista de los grandes principios, uno de los aspectos más interesantes de esta sentencia es que el TJUE rechaza implícitamente que exista conexión conceptual entre el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea y el problema de la prioridad que estamos comentando. Se ha dicho a veces que el juez, ante la ley nacional que parece presentar un doble vicio, debe empezar por el problema comunitario, pues sólo así resulta respetado el principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional. Esta tesis, sin embargo, no parece fundada. El TJUE, desde luego, no la acoge. Y es que el problema de si tiene «prioridad» el tema comunitario sobre el tema constitucional tiene poco que ver con el principio de «primacía» del Derecho comunitario. Es perfectamente imaginable un sistema jurídico nacional en el cual el juez esté obligado a analizar, en primer lugar, si la ley es o no constitucional, y sólo después si es o no conforme con el Derecho comunitario. No por ello se viola el principio de primacía. A raíz del caso Melki, está claro que un sistema de esta naturaleza, en que la prioridad la tiene el tema constitucional, es aceptado por el TJUE, siempre que se respeten las condiciones expuestas con anterioridad. El Tribunal presupone implícitamente, pues, que la «primacía» del Derecho comunitario no exige que éste reciba «prioridad» en el análisis judicial.

Este presupuesto es correcto, como podemos apreciar fácilmente si pensamos en otros supuestos análogos. Por ejemplo, bajo el ordenamiento jurídico español, los jueces tienen la potestad de inaplicar los reglamentos que sean contrarios a la ley o a la Constitución (artículo 6 de la LOPJ). Si una de las partes en un pleito alega que determinado precepto reglamentario es contrario tanto a la ley como a la Constitución, es perfectamente legítimo que el juez estudie primero si el precepto es contrario a la ley. Es innecesario entrar en el (normalmente delicado) problema de la constitucionalidad, si el precepto ya debe caer por infringir la legalidad ordinaria. Es evidente que el juez que establece este orden de análisis no falta al respeto a la Constitución como norma suprema. Que la Constitución tenga supremacía frente a la ley no significa que el control judicial del reglamento deba empezar por la Constitución. Lo mismo sucede en un sistema federal como el de los Estados Unidos. No hay duda de que el Derecho federal está allí por encima del Derecho estatal. Pero eso no comporta necesariamente que cuando un juez estatal se enfrenta con una ley estatal que puede estar infringiendo tanto la Constitución de ese Estado como una norma federal, deba el juez empezar por esta última. Más bien se tiende a empezar por la cuestión estatal.

En definitiva, que el Derecho de la Unión Europea tenga primacía sobre el Derecho nacional no debe llevar necesariamente a la conclusión de que el juez ha de poner en marcha primero el control de la ley bajo el Derecho de la Unión, cuando esa ley también es atacada desde el prisma constitucional.

El problema del doble vicio en España

¿Cuál podría ser el impacto de la sentencia Melki en España? Naturalmente, los datos del problema son distintos en nuestro país. Nuestro ordenamiento no contiene una norma como la francesa que explícitamente ordena al juez a dar prioridad a la cuestión de inconstitucionalidad. Si el legislador español optara por introducir una norma semejante, sería admisible, siempre que la prioridad se rodeara de las condiciones que el TJUE ha establecido en Melki.

En ausencia de una regla explícita en tal sentido, ¿cuál es la interpretación más plausible de nuestro Derecho vigente? Existen dos argumentos para defender que nuestros jueces, a diferencia de los franceses, deben dar prioridad de examen al Derecho comunitario. En primer lugar, el artículo 163

de la Constitución obliga al juez a promover una cuestión de inconstitucionalidad cuando la ley aplicable al caso de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución. Cabe argumentar que la ley que choca con una norma de Derecho comunitario resulta «desplazada» por ésta, con lo cual deja de ser «aplicable» al caso. Y evidentemente, para el fallo de la sentencia que el juez debe dictar, deviene «irrelevante» la cuestión de inconstitucionalidad. Si el juez deberá finalmente dictar sentencia, inaplicando la ley contraria al Derecho de la Unión, ¿qué sentido tiene preguntar al Tribunal Constitucional si esa ley es constitucional? El Tribunal no puede pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley que el juez ha decidido que no va a aplicar, por contradecir el Derecho comunitario.

El segundo argumento es de carácter pragmático. El retraso del Tribunal Constitucional en resolver cuestiones de inconstitucionalidad es muy grande, habiendo llegado a veces a superar los 9 años (STC 138/2005, de 26 de mayo). En la medida en que ello sea así (y hasta que no se produzca una gran mejora en la situación del Tribunal como resultado de la reforma de la LOTC efectuada en 2007), dar prioridad a la cuestión de inconstitucionalidad iría en detrimento de la eficaz aplicación del Derecho comunitario. Aunque el juez pueda adoptar medidas cautelares, el hecho de que no pueda dictar sentencia hasta que el Tribunal haya resuelto la cuestión, supone un grave obstáculo a la «plena eficacia» del Derecho comunitario («plena eficacia» cuyo aseguramiento el TJUE invocó en *Simmenthal*).

Ha habido ya casos interesantes en España en que los órganos jurisdiccionales han dado prioridad a la cuestión comunitaria. Así, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Tarragona, por auto de 15 de septiembre de 2009, planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo para que valo-

para la conformidad con la Decisión marco relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (Decisión marco 201/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001), de los preceptos del Código Penal español que imponen de forma generalizada medidas de alejamiento en los supuestos de delitos cometidos en el ámbito familiar. Otros órganos jurisdiccionales habían planteado antes las correspondientes cuestiones al Tribunal Constitucional, pero la Audiencia Provincial de Tarragona vio un problema de posible incompatibilidad con la Decisión marco europea, y optó por darle prioridad, frente al problema de constitucionalidad. Otro ejemplo lo proporciona la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, con motivo del recurso 104/2004 planteado por la Unión de Televisiones Comerciales Asociadas contra el Reglamento que regula la inversión obligatoria para la financiación anticipada de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión, europeos y españoles. El Tribunal optó primero por elevar cuestión prejudicial al TJUE, para resolver las dudas que planteaba la normativa española desde el punto de vista del Derecho comunitario. Tras el pronunciamiento de Luxemburgo, del que se deducía que la normativa española no merecía tacha alguna desde ese ángulo, el Tribunal Supremo pasó a examinar el problema constitucional, y promovió la pertinente cuestión al Tribunal Constitucional (por auto de 9 de diciembre de 2009). Por las razones expuestas, este modo de proceder parece más correcto que el procedimiento inverso de elevar cuestión al Tribunal Constitucional, suspendiendo por largo tiempo la resolución de un pleito al que es plenamente aplicable el Derecho comunitario. Esto último choca con el espíritu de la doctrina *Simmenthal*, y de la propia doctrina *Melki*.

VÍCTOR FERRERES COMELLA*

* Abogado y Responsable de Formación de Uría Menéndez (Barcelona).