

## RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

ALONSO GARCÍA, Ricardo: *El juez español y el Derecho Comunitario. Jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, 334 págs.

Cabe congratularse por el hecho de que uno de los mayores especialistas en Derecho comunitario en España nos ofrezca nuevas reflexiones sobre una de las cuestiones clave del desarrollo jurídico en el contexto de las Comunidades Europeas: la función del juez nacional como juez comunitario. La obra, que ha recibido el Premio «Martínez Emperador» del Consejo General del Poder Judicial en 2002, responde al interés del autor por indagar en la aplicación que del Derecho comunitario realiza el juez español, y particularmente el juez constitucional, tanto en la aplicación directa de dicho Derecho como en el planteamiento de las cuestiones prejudiciales contempladas hoy en el artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea. Por ello, el estudio se estructura en tres partes, interconectadas entre sí, y con un hilo argumental claro. En la primera parte, Ricardo ALONSO se adentra en los entresijos del principio de primacía del Derecho comunitario y en la peculiar batalla silenciosa que el Tribunal Constitucional español ha librado con el mismo. La segunda parte se enfrenta a otro de los principios constructores del ordenamiento jurídico comunitario: el de eficacia, en sus vertientes aplicativa e interpretativa. En fin, se expone el sistema de cuestiones prejudiciales, mediante el que se ha gestado un auténtico diálogo interjurisdiccional en Europa. Con ello, el autor ofrece un panorama completo de las bases que inspiran y habrían de inspirar la aplica-

ción y la interpretación del Derecho comunitario en los ordenamientos nacionales —y, en concreto, en el sistema español—, indicando algunas propuestas de reforma.

En primer lugar, por tanto, se analiza la relación del juez español con el principio de primacía del Derecho comunitario, principio reconocido por el Tribunal de Justicia (TJ) como uno de los pilares del ordenamiento jurídico comunitario en una de sus primeras sentencias, la de 15 de julio de 1964, pronunciada en el asunto *Costa c. ENEL* (as. 6/64). Dicho principio, como es conocido, vincula a todos los poderes públicos, y muy especialmente a los jueces, quienes, de acuerdo con la doctrina *Simmmenthal* [sentencia del TJ de 9 de marzo de 1978, as. 106/77], han de dejar inaplicada cualquier norma o práctica legal, administrativa o jurisdiccional que resulte contraria al Derecho comunitario y pueda menoscabar su aplicación. En relación con esta obligación, plantea el autor de la obra recensionada la distinción entre el juicio negativo de constitucionalidad y el juicio positivo de la misma. Así, mientras que respecto del primero —en el que prevalece la norma constitucional interna, por cuanto se considera que no existe conflicto con el Derecho comunitario— no parece haberse suscitado discusión, el segundo —en el que surge el conflicto cuyo conocimiento se ha de atribuir a un órgano jurisdiccional— ha sido interpretado de forma un tanto dispar. Si el Tribunal Supremo rechazó su propia competencia en la materia, por cuanto la jurisdicción contenciosa sólo puede conocer del control de las normas con rango inferior a la ley, el Tribunal Constitucional ha considerado desde sus primeras sen-

tencias que la infracción del Derecho comunitario no constituye *per se* una vulneración de la Constitución (y, en concreto, de los arts. 93 y 96), llegando incluso a calificar la normativa comunitaria de «infraconstitucional». Todo ello lleva a la conclusión de que el juez que controla la adecuación del Derecho interno (incluido el Derecho constitucional) al Derecho comunitario es el juez ordinario.

Ricardo ALONSO pone especial énfasis en demostrar que, contrariamente a lo sostenido por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, la inadecuación del Derecho nacional al Derecho comunitario sí es (o puede ser en ciertos supuestos) una cuestión constitucional.

Pudiera pensarse, en principio, que el artículo 10.2 CE tiene pertinencia a los presentes efectos, de manera que el Derecho comunitario, como Derecho supranacional, hubiera de emplearse como criterio de interpretación del Derecho nacional. Ello ha sido aceptado por el Tribunal Constitucional, pero dado que su ámbito de aplicación son los derechos fundamentales, presenta, cuanto menos, dos problemas. El primero de ellos guarda relación, precisamente, con el contexto material en el que se desenvuelve esta cláusula interpretativa y que es, como indicaba, el de los derechos fundamentales, contexto éste que, si no inexistente, sí ocupa un lugar reducido en el complejo jurídico de las Comunidades Europeas. En segundo lugar, el haber encontrado un canon hermenéutico favorable al Derecho comunitario —si es que esto fuera así— no impide, antes al contrario, tratar de identificar la base jurídica que permita resolver los conflictos entre el Derecho constitucional y el Derecho comunitario que surjan más allá de los problemas de interpretación.

Por todo lo anterior, el autor continúa indagando en la base constitucional a la que el operador jurídico pueda asirse. Y en este aspecto se ha de realizar una distinción entre el Derecho originario y el Derecho derivado. El Derecho originario se encuentra constituido fundamentalmente por Tratados internacionales firmados, en este caso, por el Estado español al amparo del artículo 93 CE (que prevé, como es sabido, la cesión del ejercicio de competencias derivadas de la

Constitución) y, en tanto que Tratados internacionales, sólo pueden ser modificados por el procedimiento previsto en los mismos y nunca por una ley posterior (art. 96.1 CE). En lo que respecta al artículo 93, el Tribunal Constitucional rechaza considerarlo un canon de constitucionalidad al que aferrarse en los supuestos de contradicción entre una norma interna y el Derecho comunitario, dado que lo considera un precepto orgánico-procedimental, argumentación ésta que no comparte en su totalidad Ricardo ALONSO (cfr. págs. 27 y ss.). Por su parte, en lo que atañe al artículo 96.1, el Tribunal también rechaza, en principio, considerarlo como canon de constitucionalidad. Sin embargo, ALONSO considera que, en el caso de contradicción entre una ley y un Tratado, la ley sería materialmente inconvencional y, en consecuencia, formalmente inconstitucional, por cuanto no ha respetado el procedimiento de derogación, modificación o suspensión previsto en la Constitución para los Tratados internacionales así firmados. ¿Cabría extender este *iter* argumentativo al Derecho derivado? En principio, no. Sin embargo, en la medida en que los Tratados reserven a la Comunidad la competencia exclusiva sobre determinadas materias, el legislador nacional tendría vedada la intervención en dichas materias por el propio Tratado, de modo que una intervención en este sentido (obviando la legislación derivada que al respecto pueda adoptar la Comunidad) constituiría, de nuevo, una vulneración del artículo 96.1. Ello es así por idénticos motivos a los ya enunciados, dado que la ley estaría de nuevo desconociendo el contenido de los Tratados, sin respetar el procedimiento de modificación previsto en la Constitución.

En algún supuesto, en fin, pese a lo manifestado por el Tribunal Constitucional, Ricardo ALONSO considera que podría entenderse vulnerado no ya el artículo 96.1, sino el artículo 93. Ello acaecería siempre que se adoptara una norma con rango de ley en la que se reclamara para sí, se reivindicara, la cesión realizada con anterioridad. Aquí nos encontraríamos ante una inconstitucionalidad material y no ante una inconstitucionalidad formal, como sucedía con el artículo 96.1. En todos estos supuestos el juez ordinario de-

jaría de ser competente para conocer del conflicto entre el Derecho nacional y el comunitario, dejando paso, ahora sí, al Tribunal Constitucional. Para fortalecer sus argumentos, Ricardo ALONSO acude, además, a la doctrina del propio Tribunal Constitucional sobre las contradicciones entre ley delegante y Decreto Legislativo, así como entre legislación básica estatal y legislación autonómica de desarrollo. En este último complejo de casos, entiende el autor, el Tribunal Constitucional adoptó en su día decisiones de política judicial de signo diverso a la que nos ocupa en este momento, atendiendo al interés concreto perseguido en cada contexto. Mientras que en el contexto autonómico el Tribunal perseguía monopolizar los conflictos —en aras a centralizar los problemas y, con ellos, las soluciones—, en el contexto comunitario el Tribunal optará por distanciarse, evitando de esta manera adentrarse en una materia abrumadoramente compleja y que quizás pueda desbordarle.

De todo lo anterior se deduce que las posibilidades de impugnación de una norma de rango legal o reglamentario que vulnere el Derecho comunitario originario o derivado son muchas y variadas en función de cada supuesto: recurso de inconstitucionalidad, cuestión de inconstitucionalidad y recurso contencioso-administrativo, amén de la oportuna cuestión prejudicial que quepa elevar al Tribunal de Justicia para que se manifieste sobre la adecuación del Derecho nacional al Derecho comunitario. Cabría plantear, incluso, el supuesto de una norma que fuera al mismo tiempo inconstitucional desde el punto de vista formal y contraria al Derecho comunitario desde un punto de vista material. En este caso, afirma Ricardo ALONSO, existen razones «para sostener el carácter preferente [...] del planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria respecto de la cuestión de inconstitucionalidad» (pág. 92).

Tras el análisis de otras cuestiones vinculadas con la primacía, como es la tensión entre las doctrinas del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional, o el tándem «interpretación *pro communitate* de la Constitución - interpretación *pro constitutione* del Tratado», el autor se enfrenta al segundo de los principios que

determinan las especiales características del ordenamiento jurídico comunitario: la eficacia.

La doctrina de la eficacia directa del Derecho comunitario, que comienza a desarrollarse con la sentencia *Van Gend & Loos*, de 5 de febrero de 1963 (as. 26/62), se ha gestado singularmente en el contexto del instrumento jurídico que admite mayor flexibilidad en la aplicación del mencionado Derecho: las directivas. Así, tanto en lo que respecta a su aplicación (es decir, al respeto de los plazos de transposición o de ejecución normativa y a la corrección de las mismas) como a su interpretación (singularmente en los supuestos excepcionales de aplicación directa), la elaboración dogmática del Tribunal de Justicia en torno a la reiterada eficacia y a sus manifestaciones, ha llevado a algunos autores, como recuerda ALONSO GARCÍA en sus referencias bibliográficas, a solicitar un «retorno a los fundamentos» (LENZ/TYNES/YOUNG, *Horizontal What? Back to the Basics*).

Resulta de interés la reflexión que realiza el autor en torno al origen patológico de la eficacia directa en el ámbito de las directivas, en comparación con el Derecho originario. Así, la eficacia aplicativa de las directivas surge como un mecanismo de «parcheo» ante una inexistente o deficiente transposición, que tendrá lugar en tanto no se corrija la situación irregular. De hecho, el Tribunal elabora su jurisprudencia desde un punto de vista sancionador, persiguiendo con ello castigar al Estado infractor. Ello no obstante, como es lógico, se han de respetar los requisitos establecidos por el propio Tribunal, analizados por extenso en la obra recensionada: en especial, de un lado, la precisión e incondicionalidad de las directivas en la configuración de derechos a favor de los particulares y, de otro, el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros en la operación correspondiente de transposición o ejecución normativa que hayan de acometer. Este margen de apreciación, sin embargo, no se encuentra exento de límites o controles, controles que también proceden del Derecho interno y que se vinculan con la protección de los derechos previstos en las directivas. Ello se justificaría no sólo por el dato fáctico de la perma-

nente interacción dialéctica entre el Derecho comunitario y los Derechos internos, sino también por el dato normativo proporcionado, en última instancia, por el artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea, que reconoce el principio de Estado democrático de Derecho, común a los Estados miembros (pág. 161). En este contexto, el autor pasa revista a distintos modelos de protección de derechos en los ordenamientos nacionales, mostrando las diferencias e indicando los requisitos impuestos al efecto por el Tribunal de Justicia a sus contrapartes nacionales.

De la eficacia interpretativa cabe destacar su distinta finalidad respecto de la eficacia aplicativa, dado que con ella se trataría de maximizar el contenido de las directivas —evitando, como es lógico, la interpretación *contra legem*—. Ello no obstante, en ocasiones, la delimitación entre eficacia aplicativa e interpretativa se ha visto diluida, de una manera que resulta más que criticable, a pesar de que ello haya podido ser debido a una equivocada interpretación doctrinal (págs. 196-197). En fin, si se considera que —a diferencia de la eficacia aplicativa— el objetivo perseguido por la eficacia interpretativa no es sancionador, ¿puede concluirse que esta última carece de límites? Del análisis de la jurisprudencia deduce el autor que los límites a la eficacia interpretativa pueden situarse en los principios generales del Derecho, entre los que desempeñarían una función destacada aquellos vinculados a los derechos fundamentales. En fin, para finalizar la parte del estudio relativa a la eficacia interpretativa, Ricardo ALONSO se adentra en un ámbito que suele ser obviado en este tipo de trabajos, pero al que el autor ya había dedicado atención en anteriores ocasiones. Me refiero al *soft law* y a su idoneidad para determinar la interpretación del Derecho. Si bien en principio esta interpretación carecería de la obligatoriedad de la que ha dotado el Tribunal a las normas comunitarias en sentido estricto, o *hard law*, ello podría relativizarse desde el punto de vista práctico, en especial si se observa el uso que del *soft law* han realizado los Tribunales Constitucional y Supremo en España.

Tras el análisis de los principios de primacía y eficacia del Derecho comunitario, la tercera parte de la obra recensionaria

se adentra en el mecanismo existente para garantizar la aplicación de dichos principios. Se trata de la cuestión prejudicial, insertada en el contexto del diálogo interjurisdiccional en Europa y, en concreto, entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el juez español (señaladamente el juez constitucional) [a esta y otras cuestiones, que constituyen el núcleo del modelo jurisdiccional de la Unión Europea, ha dedicado precisamente Daniel SARMIENTO, discípulo de Ricardo ALONSO, un reciente y completo estudio: *Poder Judicial e integración europea*, Civitas, Madrid, 2004].

La cuestión prejudicial, piedra angular del sistema judicial comunitario, plantea todavía una serie de interrogantes. En primer lugar, el concepto de «órgano jurisdiccional» competente para plantearla ha generado una importante jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sin que, sin embargo, quepa extraer conclusiones claras de alcance general y en la que sorprenden determinadas resoluciones (como son, en relación a España, aquellas en las que se consideró órgano jurisdiccional a los tribunales económico-administrativos o al Tribunal de Defensa de la Competencia). En segundo lugar, las doctrinas del acto claro y del acto aclarado, que surgen con las sentencias *CILFIT*, de 6 de octubre de 1982 (as. 283/81), y *Da Costa*, de 27 de marzo de 1963 (as. ac. 28/62 a 30/62), han sufrido una evolución. El Tribunal de Justicia parece haber apreciado una cierta reticencia en los jueces nacionales para seguir las mencionadas doctrinas, llegando a proponer en 2000 una mayor iniciativa de los últimos en aras a aplicar por sí mismos el Derecho comunitario, sin necesidad de recurrir de forma sistemática al Tribunal de Justicia para solicitar una interpretación concreta. En el contexto de la errada aplicación de la jurisprudencia del Tribunal respecto del planteamiento de cuestiones prejudiciales, Ricardo ALONSO ilustra con ejemplos de Derecho español que dan buena muestra de cómo en ocasiones una inadecuada comprensión del sistema por los jueces nacionales puede generar situaciones de cierta «esquizofrenia judicial» (la expresión es de quien recensionaria).

En la última parte de la obra se cierra la espiral. Así, en el contexto de las cues-

tiones prejudiciales y, en concreto, en el del órgano jurisdiccional facultado/obligado para plantearlas, Ricardo ALONSO retoma la teoría del Tribunal Constitucional español sobre las relaciones entre Derecho comunitario y Derecho constitucional, así como sobre su propia competencia para conocer de ellas. Así, dado que el Tribunal Constitucional ha venido considerando que el Derecho comunitario no es canon directo de constitucionalidad, ha entendido que, por lo mismo, al Tribunal no se le ha de considerar órgano jurisdiccional comunitario a efectos de plantear la cuestión prejudicial. Al margen de compartir o no la afirmación inicial del Tribunal relativa a su aptitud para controlar las relaciones entre Derecho comunitario y Derecho español (cuestión ésta ya estudiada en la primera parte del trabajo), Ricardo ALONSO considera que el corolario que extrae el propio Tribunal de dicha afirmación respecto al planteamiento de la cuestión prejudicial no es correcto.

En primer lugar, indica ALONSO que, aun considerando que el Derecho comunitario no es canon directo de constitucionalidad, ello no es óbice para entender que sí es canon hermenéutico y que, por lo mismo, ha de guiar la interpretación de la Constitución, independientemente de quién sea el intérprete. Tras varias páginas de argumentación, al hilo de diversos pronunciamientos judiciales, el autor concluirá que «[a]sí las cosas, y sentado por la propia doctrina constitucional que el Derecho comunitario puede actuar como canon hermenéutico e incluso integrador del bloque de constitucionalidad, parece evidente que el TC estaría en tales supuestos incluido en el radio de acción del artículo 234» (pág. 273). El Tribunal Constitucional se habría equivocado al realizar el silogismo, en la medida en que la primera proposición resulta errada, de acuerdo con su propia jurisprudencia. Invirtiéndose los términos de dicha proposición, la consecuencia lógica es entender que el Tribunal Constitucional sí es un órgano jurisdiccional a efectos de plantear la correspondiente cuestión prejudicial.

Habiendo constatado la idoneidad jurídica del Tribunal Constitucional para plantear la cuestión, cabe preguntarse si, desde el punto de vista de la política judicial, es factible que tal actuación tenga lu-

gar. Sin embargo, no seré yo quien elimine el suspense e invito a los lectores a que se adentren en las sugerentes páginas que acaban de ser sucintamente recensionadas para conocer la opinión que al respecto manifiesta Ricardo ALONSO para concluir una obra compacta, documentada con rigor y altamente recomendable.

Susana DE LA SIERRA  
Profesora Ayudante  
Doctora de Derecho Administrativo  
Universidad de Castilla-La Mancha

ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M.: *El abastecimiento de agua en España*, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2004, 824 págs.

El agua, como elemento imprescindible para la vida, se sitúa como gran protagonista de esta obra, con origen en la Tesis Doctoral de la profesora ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, y que nos revela los entresijos de una actividad, el abastecimiento de agua, que, a pesar de su cercanía y cotidianeidad, presenta importantes temas de discusión.

Este estudio se divide en dos grandes bloques interrelacionados: un primer bloque analiza la génesis y el marco jurídico del abastecimiento de agua, para después adentrarnos en un segundo bloque en el que se exponen la naturaleza, los presupuestos y el régimen jurídico-administrativo del abastecimiento de agua.

La primera parte de la obra comienza con un exhaustivo estudio de la evolución del abastecimiento de agua; un repaso que abarca desde la época de construcción del acueducto de Segovia hasta los primeros pasos legislativos de las Leyes de 1866 y 1879. Se analizan los avances e innovaciones legislativas que suponen la distinción aguas públicas-aguas privadas, la distinción entre dominio, uso y aprovechamiento, y la consideración del abastecimiento de agua como aprovechamiento; complementado con las referencias a lo dispuesto en el Código civil.

El abastecimiento de agua no puede entenderse sin estudiar las competencias municipales en esta materia. Desde el siglo XIX fueron los municipios los encargados del suministro; si bien en una prime-