

IÑAKI LASAGABASTER HERRARTE
Catedrático de Derecho Administrativo
UPV/EHU

EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA
EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2018

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
CAPÍTULO I. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA: PLANTEAMIENTO PREVIO EN LA INTERPRETACIÓN DE ESTE PRINCIPIO	7
1. A MODO DE INTRODUCCIÓN SOBRE LA PLURALIDAD DE ORDENAMIENTOS	7
2. LOS PRINCIPIOS DE RELACIÓN ENTRE ORDENAMIENTOS: JERARQUÍA, COMPETENCIA Y EL PRINCIPIO TEMPORAL.....	10
A. El principio de jerarquía.....	10
B. El principio de competencia.....	11
C. El principio temporal en la aplicación de las normas.....	11
3. LOS PRINCIPIOS DE RELACIÓN ENTRE ORDENAMIENTOS Y LA INTERVENCIÓN DE LOS DIFERENTES PODERES DEL ESTADO: EN ESPECIAL EL PODER JUDICIAL	13
CAPÍTULO II. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA Y EL REPARTO DE COMPETENCIAS.....	15
1. LA RELACIÓN ENTRE ORDENAMIENTOS EN UN ESTADO CENTRALISTA	15

	Pág.
2. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA EN LA CONSTITUCIÓN DE LA SEGUNDA REPÚBLICA.....	17
3. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA Y EL REPARTO DE COMPETENCIAS: UNA VISIÓN GENERAL SOBRE LAS FORMAS DE REALIZACIÓN DEL REPARTO COMPETENCIAL.....	18
 CAPÍTULO III. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA EN EL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL	 23
1. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTIVIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO.....	23
2. LA RELACIÓN ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES.....	24
3. TRATADOS INTERNACIONALES Y NORMAS CON RANGO DE LEY	26
 CAPÍTULO IV. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA EN EL ORDENAMIENTO EUROPEO	 29
1. PRINCIPIO DE PRIMACÍA Y SU CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL	29
2. PRINCIPIO DE PRIMACÍA Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LA LEY	31
3. PRINCIPIO DE PRIMACÍA, CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES, EN ESPECIAL EL ART. 6 TUE.	33
 CAPÍTULO V. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA EN LOS ESTADOS FEDERALES: EN ESPECIAL LA RELACIÓN CONSTITUCIÓN FEDERAL-CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS FEDERADOS	 37
1. LA RAZÓN DE SER DE ESTE PRECEPTO EN LAS CONSTITUCIONES FEDERALES.....	37
A. La Constitución americana y el asunto <i>Marbury versus Madison</i>	38
B. El federalismo alemán.....	40
C. El federalismo suizo y austriaco.....	43

	Pág.
2. SOBRE LA CONTRADICCIÓN ENTRE CONSTITUCIÓN FEDERAL Y CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS FEDERADOS, EN ESPECIAL EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES GARANTIZADOS EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS <i>LÄNDER</i>	45
CAPÍTULO VI. EL CASO PARTICULAR DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA, LA REUNIFICACIÓN Y LA REFORMA FEDERAL	49
CAPÍTULO VII. PRINCIPIO DE PREVALENCIA EN LOS ESTADOS FEDERALES: LA RELACIÓN ENTRE ORDENAMIENTOS	51
CAPÍTULO VIII. EL PRINCIPIO DE PREVALENCIA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978 Y LAS INTERPRETACIONES INICIALES	53
1. EL SISTEMA DE REPARTO DE COMPETENCIAS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978.....	54
2. EL PRINCIPIO DE PREVALENCIA COMO NORMA DE COMPETENCIA	56
3. EL PRINCIPIO DE PREVALENCIA Y LA RELACIÓN <i>LEX GENERALIS-LEX SPECIALIS</i>	60
4. OTRAS INTERPRETACIONES DEL PRINCIPIO: FUNCIÓN CONSTITUCIONAL, VALOR TEMPORAL, CONTROL NO DE VALIDEZ.....	62
5. PRINCIPIO DE PREVALENCIA Y COMPETENCIAS COMPARTIDAS	63
CAPÍTULO IX. LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	67
1. SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA Y FORMA DE REALIZACIÓN DEL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.....	67
2. LA STC 1/2003. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS Y PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO. EXTREMADURA	69

	Pág.
A. Objeto de pronunciamiento en la Sentencia.....	69
B. La nueva doctrina sobre la relación existente entre legislación básica estatal y legislación autonómica de desarrollo	71
C. Argumentos aducidos por el Voto Particular	71
3. LA STC 66/2011. MAYORÍA EN EL PLENO MUNICIPAL NECESARIA PARA CAMBIAR LA CAPITALIDAD. CANARIAS.....	72
A. Cuestión objeto de pronunciamiento en la Sentencia	72
B. La relación entre fuentes del Derecho en la Sentencia y derechos fundamentales	73
C. La argumentación del Voto Particular	74
4. LA STC 102/2016. NORMAS REGULADORAS DE LA FUSIÓN DE AYUNTAMIENTOS. GALICIA.....	75
A. Cuestión objeto de pronunciamiento en la Sentencia	75
B. Nueva doctrina del Tribunal Constitucional	76
C. La argumentación del Voto particular.....	77
a) Nueva ley básica estatal y obligaciones de desarrollo legislativo de la Comunidad Autónoma	77
b) Primacía, inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad y proceso <i>a quo</i>	79
c) Principio de primacía, compatibilidad entre nueva ley básica estatal y ley autonómica previa	80
d) Breve excurso sobre prevalencia y competencia	81
5. LA STC 204/2016. CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. PRESCRIPCIÓN INFRACCIONES. COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO.....	83
A. Cuestión objeto de pronunciamiento en la Sentencia	83
B. Nueva doctrina del Tribunal Constitucional	83
C. Argumentación de los Votos Particulares	84
6. LA STC 1/2017. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. VALENCIA	86
A. Cuestión objeto de pronunciamiento en la Sentencia	86
B. La relación entre fuentes del Derecho en la Sentencia: en especial la dignidad de la ley.....	87
C. Los derechos procesales de las partes y la aplicación de la ley	88

	Pág.
D. El Tribunal Constitucional ya había establecido el carácter de básica de la nueva regulación estatal	88
E. La no aplicación de la ley autonómica afecta al derecho a la tutela judicial y al proceso debido de la Comunidad Autónoma	89
 CAPÍTULO X. CARACTERÍSTICAS Y CONSECUENCIAS FUNDAMENTALES DE ESTA JURISPRUDENCIA.....	 91
 CAPÍTULO XI. ENMARQUE TEÓRICO Y CRÍTICA A LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	 95
1. LA CONTRADICCIÓN ENTRE LEYES Y LOS TRIBUNALES ORDINARIOS	95
A. La cuestión prejudicial como mecanismo de enjuiciamiento de la ley	96
B. El concepto de validez constitucionalmente regulado en el art. 163 CE.....	97
C. En torno a la razón de ser de la Cuestión de Inconstitucionalidad: ¿cuándo deben los tribunales ordinarios acudir al Tribunal Constitucional?.....	100
2. SOBRE EL <i>IUS SUPERVENIENS</i> Y EL TIPO DE PROCESO CONSTITUCIONAL.....	104
A. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el <i>ius superveniens</i> : una necesaria reconsideración	105
B. El <i>ius superveniens</i> y el recurso de amparo: problemas específicos que plantea.....	108
C. Una reflexión de conjunto sobre el concepto de <i>ius superveniens</i>	111
3. LA CATEGORÍA DE INCONSTITUCIONALIDAD – NULIDAD (VALIDEZ) – DEROGACIÓN.....	113
A. Consideraciones generales sobre estas categorías	113
B. Los efectos de la cláusula derogatoria de la Constitución y la inconstitucionalidad sobrevenida	116
a) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad de las leyes preconstitucionales	116

	Pág.
b) Sobre las categorías derogación, inconstitucionalidad y validez de las normas	117
c) La Ley Fundamental de Bonn y las normas preconstitucionales	119
C. La denominada inconstitucionalidad sobrevenida en la relación ley autonómica - nueva ley básica estatal	121
4. LA SEGURIDAD JURÍDICA – CONFIANZA LEGÍTIMA – IRRETROACTIVIDAD - DEROGACIÓN - NULIDAD <i>VERSUS</i> INCONSTITUCIONALIDAD - CONSECUENCIAS DE LA DECISIÓN - LA FUNCIONALIDAD - LA DIGNIDAD DE LA LEY (DEL PARLAMENTO) - LAS COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.	123
5. RECURSO DE AMPARO Y FUENTES DEL DERECHO....	126
6. UNA POSIBLE CRÍTICA POLÍTICA Y SU RESPUESTA..	127
7. CONSIDERACIÓN FINAL SOBRE EL PRINCIPIO Y SU RELATIVIZACIÓN	130
BIBLIOGRAFÍA	137

CAPÍTULO I

EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA: PLANTEAMIENTO PREVIO EN LA INTERPRETACIÓN DE ESTE PRINCIPIO

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN SOBRE LA PLURALIDAD DE ORDENAMIENTOS

1. El principio de primacía o prevalencia, ambos términos se van a utilizar de manera indistinta, hace referencia a un contenido clásico de un precepto legal en los sistemas federales. En una lectura plana, no especializada, podría remitir a la idea de superioridad del ordenamiento jurídico federal sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados federados. Como fórmula el principio de primacía puede encontrarse con dicciones diferentes en textos de épocas también diversas. La importancia que puede darse al principio también es diferente según la forma en que se haya configurado cada Estado federal, así como según los fundamentos teóricos y doctrinales de su propia formación como Estado. Una simple mirada a la normativa americana y alemana pondría lo anterior claramente de manifiesto. Habrá ocasión de hacer referencias concretas a estos sistemas. La razón de la existencia del principio es lógica, aunque las explicaciones que se puedan dar en la actualidad no satisfacen plenamente esa idea. Así lo pondrían de manifiesto los trabajos sobre Derecho constitucional o

sobre Teoría del Estado elaborados desde finales del siglo XIX, donde el tratamiento de este principio no deja de sorprender al recibir una atención limitada. Por el contrario en otros momentos o sistemas la doctrina ha dado una importancia desmesurada al principio, aunque utilizándolo de forma totalmente diferente a como lo hicieron esos primeros constitucionalistas. Con todo, el principio de primacía evidencia el problema, que se manifiesta cuando existen varios ordenamientos jurídicos, que no es otro que el de la relación entre esos ordenamientos.

2. Los ordenamientos jurídicos pueden entenderse constituidos alrededor de los centros de creación de normas jurídicas, normas que pueden originarse en actores públicos o privados. Así, desde la perspectiva pública, aun en los casos de Estados centralistas, pueden coexistir diferentes ordenamientos jurídicos, cuyas interrelaciones deben regirse por principios que satisfagan la necesaria seguridad jurídica. Así sucede en las relaciones que pueden producirse entre el ordenamiento jurídico estatal y el local. Las normas locales, dictadas por los Ayuntamientos, pueden entrar en contradicción con normas estatales, normas que pueden ser de rango legal o reglamentario. Para estos supuestos debe estar previsto cómo se solucionan esas antinomias, de tal forma que la ciudadanía pueda conocer la forma en que ese contraste normativo encuentra solución. Los Estados de estructura federal o autonómica se encuentran también ante este problema. Las normas federales o del Estado central pueden entrar en contradicción con las normas de los Estados federados o Entes autonómicos. Se tratará de la existencia de ordenamientos federales, con sus leyes y normas reglamentarias, y los ordenamientos de los Estados federados, a su vez también no solamente con sus leyes y normas reglamentarias, sino también con sus propias Constituciones. A ello habría que añadir que en los Estados federales también hay Entidades locales, lo que añade un nuevo escalón de normas capaz de provocar también conflictos inter-normativos.

3. Hasta épocas recientes, los análisis se centraban fundamentalmente en los conflictos producidos en el interior de los Estados, olvidando que también existen normas internacionales, que constituyen su propio ordenamiento jurídico, el ordenamiento jurídico internacional, cuyas relaciones con los ordenamientos internos también precisan de principios o normas de relación que solventen los problemas interpretativos que puedan producirse entre ellos. Este ordena-

miento internacional de lento desarrollo ha sufrido, desde mediados del siglo pasado, un desarrollo acelerado, fruto de una sociedad internacional donde las relaciones de todo tipo se han multiplicado exponencialmente. Ese desarrollo acelerado ha dado lugar al nacimiento de otros ordenamientos, situados entre el estatal y el internacional, paradigma de los cuales es el ordenamiento europeo. Este último ha desarrollado sus propios principios e instituciones, configurando un innovador ordenamiento jurídico que intenta superar las limitaciones del ordenamiento jurídico internacional, pero a su vez que no puede hacer tabla rasa de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados. Otros sectores del ordenamiento jurídico internacional también interfieren de forma manifiesta mediante mecanismos jurídicos sectoriales, pero de gran incidencia en general en los ordenamientos jurídicos internos. Se trata del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Sentencias que en su aplicación ha dictado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El valor de estas sentencias es el de cosa interpretada. Esto quiere decir que los tribunales y operadores jurídicos internos deben interpretar el Convenio y aplicarlo de acuerdo con las sentencias de ese Tribunal¹.

4. De todo lo dicho se deduce una problemática de gran complejidad, así los conflictos entre normas se pueden producir entre normas de Derecho internacional, Derecho europeo, Derecho interno, este a su vez de rango constitucional, legal o reglamentario. Las normas legales igualmente pueden ser de diverso tipo, así leyes orgánicas, Estatutos de Autonomía, leyes ordinarias, leyes de presupuestos, Decretos-leyes o Decretos legislativos, y así sucesivamente. No hay que tener excesiva imaginación para pensar en la inmensa gama de conflictos entre normas que pueden producirse y la dificultad que presenta dar una respuesta a la, en apariencia, fácil pregunta de qué norma es aplicable. Para ello es necesario encontrar principios que

¹ ZANGHI, «Evolución e innovación en los efectos de las sentencias del TEDH», en GARCÍA ROCA y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, CEPC, 2009, pp. 199 y ss.; RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2007, p. 894 y ss.; QUERALT, «El alcance del efecto de cosa interpretada en las sentencias del TEDH», en GARCÍA ROCA y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (coords.), *op. cit.*, pp. 229 y ss., y LASAGABASTER HERRARTE, *Cárceles y Derechos. Enfermedad, acumulación de condenas, alejamiento*, Bilbao, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, pp. 113 y ss.

colaboren en dar la respuesta adecuada. Entre estos principios está el de primacía, que conviene diferenciar de otros principios como el de jerarquía, competencia y el temporal. Sintéticamente se recordarán estos principios para diferenciarlos claramente del principio que se analiza.

2. LOS PRINCIPIOS DE RELACIÓN ENTRE ORDENAMIENTOS: JERARQUÍA, COMPETENCIA Y EL PRINCIPIO TEMPORAL

A. El principio de jerarquía

5. La caracterización del principio de jerarquía, como principio jurídico fundamental para superar las posibles antinomias entre normas, se debe a la Escuela de Viena, que crea las teorías más elaboradas para resolver precisamente este problema de relación entre normas, acudiendo, para ello, a esa teoría de los niveles, en términos alemanes la *Stufenbau*. El principio de jerarquía está recogido en textos constitucionales y en textos legales², estimándose como principio lógico que en su evidencia no necesita explicación, aunque para su aplicación sí es necesario el establecimiento de un rango normativo, tal como señala la doctrina alemana. La aceptación por la doctrina de este principio de forma acrítica podría plantear ciertas cuestiones, como la importancia de la diferente intensidad que las normas pueden tener desde la perspectiva de su eficacia. La aplicación del principio de jerarquía requiere que las normas no estén equiordenadas, sino que deben estar diferenciadas por su fuerza o eficacia. Fuerza activa, que es la capacidad de innovar el ordenamiento jurídico que tiene una determinada norma, y fuerza pasiva, que es la capacidad que tiene para resistirse a que otras normas puedan modificarla. El ordenamiento jurídico establece esta tipología de normas, con una determinada fuerza, activa y pasiva, que da lugar a una relación entre estas normas y a que las antinomias entre ellas se resuelvan mediante el principio de jerarquía. La norma superior deroga la inferior y la norma inferior no puede derogar la superior. La clave de bóveda de este dibujo es la rigidez de la Constitución como norma suprema,

² Art. 9 CE, donde dice que la Constitución garantiza la jerarquía normativa.

aunque esta misma rigidez de la Constitución como norma suprema y la aplicación del principio de jerarquía puede verse condicionada por otros elementos como el valor de los Tratados internacionales o el valor del Derecho europeo.

B. El principio de competencia

6. El principio de competencia tiene su origen en el ordenamiento jurídico italiano, acompañando a la entrada en vigor de la Constitución de 1947. La relación entre leyes estatales y leyes regionales no podía significar la superioridad jerárquica de las primeras sobre las segundas. Ambas son normas con rango de ley, cubren el principio de reserva de ley en su ámbito competencial y están sometidas al régimen jurídico propio de la ley. Los tribunales ordinarios están vinculados por la ley, teniendo competencia para interpretarla y determinar su vigencia. El principio de competencia también se aplica en los supuestos en los cuales hay diferentes tipos de normas, caracterizadas por su procedimiento de aplicación. Así, las leyes orgánicas, los Estatutos de Autonomía, las leyes de presupuestos, los decretos leyes, los decretos legislativos o los reglamentos de las Cámaras parlamentarias, entre otras normas, cada una de ellas tiene un ámbito de regulación no pudiendo inmiscuirse en otros. En este sentido el principio de competencia significa que estas normas solo pueden regular determinadas materias y, en algunos casos, pueden regular esas materias respecto de una parte del territorio, pero sin reconocerle una aplicación general en todo el territorio. Esto último se realizaba acudiendo al principio de supletoriedad sobre el que el Tribunal Constitucional señaló que no era un título competencial y por tanto no se podían dictar normas cuyo objeto fuera únicamente tener ese carácter supletorio³.

C. El principio temporal en la aplicación de las normas

7. De acuerdo con este principio la norma sucesiva en el tiempo prevalece sobre la anterior. A pesar de su aparente simplicidad,

³ STC 61/1997. Véase LASAGABASTER HERRARTE, *Fuentes del Derecho*, Iruña/Bilbao, Lete, 2007, pp. 285 y ss.

la aplicación de este principio también resulta en algunas cuestiones problemática. En su virtud una norma posterior deroga la anterior, aunque esta derogación no significa que esa norma cese totalmente en su eficacia. Cuándo se está ante una derogación es importante establecerlo, porque la derogación de la norma derogante no conlleva que las normas derogadas recobren su vigencia⁴. El criterio cronológico propio de la derogación se aplica en normas homogéneas, que poseen una misma eficacia creativa del Derecho. La doctrina ha señalado como características de la derogación las siguientes:

- a) La existencia de un poder público permanente.
- b) El ejercicio concreto e individualizado de tal poder, del que se deriva determinado producto jurídico.
- c) La renovación o repetición del ejercicio de ese mismo poder, del cual se deriva un acto idóneo para hacer cesar la eficacia jurídica del precedente.

El efecto de la derogación será *ex nunc*, aunque esto último puede ser discutible, dependiendo del contenido de cada norma en concreto.

El principio cronológico puede tener una excepción si resulta aplicable el aforismo *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, o dicho de otro modo, *generi per speciem non derogatur*. La aplicación de este criterio de ley general y ley especial en muchos casos es problemática, ya que a pesar de estar ante una norma de carácter especial, sin embargo habría que entender aplicable el criterio cronológico. A diferencia del principio de jerarquía, con la aplicación del límite temporal no se produce un problema de validez/ invalidez de las normas. Sí son, sin embargo, en la aplicación del principio de jerarquía⁵.

⁴ Art. 2.2 Código Civil.

⁵ LASAGABASTER HERRARTE, *Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal respecto del Derecho autonómico*, Madrid, Civitas, pp. 21-28. Se toma la caracterización del concepto de derogación de PUGLIATTI, voz «Abrogazione», *Enciclopedia del Diritto*, vol. I, Milano, Giuffré, 1958, p. 143. Sobre esta materia véase, también, DÍEZ PICAZO, *La derogación de las leyes*, Madrid, Civitas, 1990, *in totum*. REBOLLO PUIG, «En busca de la prevalencia perdida», en VVAA, *Memorial para la reforma del Estado*, vol. II, Madrid, CEPC, 2016, p. 1601, nota 46, donde cita indebidamente mi interpretación.