

La doctrina de la prevalencia: ¿un cambio de paradigma?

The doctrine of prevalence:
a paradigm shift?

Fecha de recepción: 07/06/23

Fecha de aceptación: 22/06/23

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. INTRODUCCIÓN: EL ESTADO AUTÓNOMICO Y SUS IMPLICACIONES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.—1.1. Cuestiones introductorias.—1.2. Los conflictos entre legislación básica y legislación de desarrollo desde el punto de vista doctrinal.—II. LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE LEGISLACIÓN BÁSICA Y LEGISLACIÓN DE DESARROLLO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA LLAMADA DOCTRINA DE LA PREVALENCIA. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 102/2016, DE 25 DE MAYO, Y SU EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.—2.1. Resolución de conflictos entre legislación básica estatal y legislación de desarrollo de las Comunidades Autónomas antes de la sentencia del Tribunal Constitucional 102/2016, de 25 de mayo de 2016.—2.2. Resolución de conflictos entre legislación básica estatal y legislación de desarrollo de las Comunidades Autónomas a partir de la sentencia 102/2016, de 25 de mayo de 2016: la llamada doctrina de la prevalencia. Evolución de la doctrina de la prevalencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.—2.3. Algunas consideraciones sobre la doctrina de la prevalencia.—III. CONCLUSIONES.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El presente artículo trata de analizar las implicaciones que tiene nuestro Estado Autónomo en el ordenamiento jurídico español, en concreto en el sistema de fuentes y cómo se puede resolver la antinomia ocasionada por la contradicción entre legislación básica estatal y legislación autonómica de desarrollo. Centrándose en la solución que había dado el Tribunal Constitucional hasta la sentencia 102/2016, de 25 de mayo, en la que establece la doctrina de la prevalencia y cómo este cambio jurisprudencial afecta a nuestro sistema de jurisdicción constitucional concentrada.

PALABRAS CLAVE: *Estado Autónomo, sistema de fuentes, legislación básica estatal-legislación de desarrollo autonómica, principio de prevalencia, doctrina de la prevalencia, jurisdicción constitucional concentrada.*

* Letrada de la Asamblea de Madrid.

ABSTRACT

This article seeks to analyze the implications that our Autonomous State has on the Spanish legal system, specifically on the system of sources and how the antinomy caused by the contradiction between basic state legislation and autonomous development legislation can be resolved. Focusing on the solution that had been given by the Constitutional Court until the judgment 102/2016, of 25 May, in which it establishes the doctrine of prevalence and how this jurisprudential change affects our system of concentrated constitutional jurisdiction.

KEYWORDS: *Autonomous State, system of sources, basic state legislation-legislation of autonomous development, principle of prevalence, doctrine of prevalence, concentrated constitutional jurisdiction.*

I. INTRODUCCIÓN: EL ESTADO AUTONÓMICO Y SUS IMPLICACIONES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1.1. Cuestiones introductorias

Santi Romano decía que el ordenamiento jurídico es como una partitura musical en el que todas las notas están combinadas armónicamente de tal forma que se obtiene una melodía huérfana de estridencias¹.

La entrada en vigor de nuestra Constitución española de 1978 (en adelante CE) ha supuesto la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de numerosas novedades hasta entonces desconocidas, siendo, quizá, una de las más significativas el reconocimiento del Derecho a la Autonomía, en el artículo 2 CE².

El derecho de autonomía consagrado en este artículo, que junto con el artículo 1 CE constituye, tal y como señala la doctrina con autores como M. Aragón Reyes o J. Santamaría Pastor, la clave de bóveda de nuestro ordenamiento jurídico o una de las decisiones fundamentales de la Constitución, en el sentido propugnado por C. Schmitt, pasa de ser una realidad a una posibilidad en el Título VIII de la Constitución (bajo la rúbrica “De la Organización Territorial del Estado”), que, como decía F. Rubio Llorente “el Título VIII no era sistema, sino historia”, y cuyo artículo de cabecera, el 137, señala que “El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses”.

¹ ROMANO, S. (2012). *El ordenamiento jurídico*. Madrid: Editorial Reus, p. 302.

² En el cual se establece que “La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”.

Nace así la configuración de nuestro Estado como un Estado Autonómico, o si se prefiere, como decía J. Ferrando Badía, “como un Estado autonómico nacional-regional”, el cual se puede definir, de acuerdo con el autor citado, como un tipo de Estado intermedio entre el Estado Unitario y el Federal semejante al que los constituyentes de la Segunda República denominaron “Estado Integral”, y los legisladores teóricos de la Constitución italiana del 47 denominaron “Estado regional”³.

En cualquier caso, de los dos preceptos antes mencionados de nuestra Constitución, dice J. Santamaría Pastor que “se observan una serie de principios que integran la cláusula de nuestro Estado autonómico. Dos de ellos poseen un carácter estructural y aluden, respectivamente a los aspectos centrífugo y centrípeto del sistema: el principio de autonomía y de unidad. El tercero es de naturaleza funcional o dinámica, y alude a la necesaria convergencia o enlace entre los dos anteriores: se trata del principio de solidaridad”⁴.

Las ideas principales de estos principios son las siguientes:

a) El principio de autonomía

La autonomía se puede definir como la capacidad de dirigir y orientar política y administrativamente los intereses de una comunidad.

Es ocioso recordar que es jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional⁵, que “la autonomía no es soberanía”, así pues, el máximo intérprete de nuestra Constitución ha precisado que “la autonomía hace referencia a un poder limitado” y manifiesta igualmente que “dado que cada organización territorial dotada de poder autónomo es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de ésta donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el artículo 2 de la CE”.

En suma, mientras que la soberanía es poder originario y supremo, la autonomía es poder limitado y derivado que solo cobra sentido dentro de la unidad. Es por ello por lo que el Tribunal Constitucional en la STC 56/1990, de 29 de marzo, definió la autonomía como un poder limitado, no soberano, derivado y no originario.

En cualquier caso, tal y como señala J. Santamaría Pastor, “el derecho a la Autonomía es un derecho que al ser ejercido se convierte también en principio organizador de la estructura del Estado que se traduce, como tal, esencialmente en tres esferas: la de la organización, la de las competencias y la de la garantía constitucional de la primera y la segunda”⁶.

³ BADÍA, J. F. (1986). *El Estado unitario, el Estado Federal y el Estado Autonómico*. Madrid: Tecnos, p. 392.

⁴ SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1982). *Apuntes de Derecho Administrativo*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, p. 192.

⁵ Desde sus primeras sentencias, como la 4/1981, de 2 de febrero, o en sentencias más recientes, como las sentencias 42/2014, de 25 de marzo, y 128/2016, de 7 de julio.

⁶ SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *Apuntes de Derecho Administrativo*. Op. cit.

De estos tres ámbitos, especial atención requiere el principio de autonomía en el ámbito competencial, pues a diferencia de lo que ocurre con otros Estados descentralizados políticamente, tal y como señala I. de Otto y Pardo, “una característica de nuestro Estado Autonómico consiste en que no es la propia Constitución la que crea, organiza y dota de competencias a las Comunidades Autónomas, sino que se trata de una tarea que corresponde al legislador, en las Cortes Generales, mediante leyes y dentro de los límites, tanto materiales como formales, establecidos por la Constitución”⁷.

Pero, además debemos señalar que en la Constitución no existe un reparto de competencias como ocurre en otras formas de Estado descentralizadas. Y es que una lectura atenta de los artículos 148 y 149 CE nos permite afirmar que, en realidad solo, el reparto de competencias se lleva a cabo en el artículo 149 CE, ya que el artículo 148 CE, en verdad, lo que hace es mencionar las materias sobre las cuales las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias.

Es decir, una primera lectura de estos dos preceptos nos puede llevar al equívoco, pues nos puede hacer pensar que estamos, tal y como señala la doctrina, ante un sistema de dos listas: la de competencias que pueden asumir las Comunidades Autónomas (art. 148.1 CE), y la de competencias que pertenecen, por imperativo constitucional al Estado (art. 149.1 CE). Sin embargo, como adelantábamos, una lectura más reflexiva de estos dos preceptos nos permite afirmar que la única lista de competencias en sentido estricto es la que contiene el artículo 149.1 CE: no solo porque en ella se establece una enumeración imperativa e inderogable de las funciones estatales, sino también porque es la única que rige el proceso de distribución respecto de todas las Comunidades Autónomas. Por el contrario, el artículo 148 CE, tal y como señala E. Álvarez Conde, solo posee una lista de materias, no de competencias.

Llegados a este punto debemos matizar que, siguiendo a la doctrina italiana, las materias se pueden concebir como “aquel conjunto de actividades, bienes o institutos jurídicos referentes a un cierto sector homogéneo”. Es decir, la materia es el objeto sobre el que recae la competencia. Por su parte, la competencia puede ser concebida como “la titularidad de una potestad o función pública sobre una materia determinada”. Así pues, el concepto de competencia engloba los conceptos de materia y potestad. Así mismo, no podemos obviar que un sector de la doctrina, con autores como O. Alzaga Villaamil, propugna que podemos distinguir entre potestad y función, justificando esta distinción en que, en el derecho político español tradicional, las potestades eran entendidas como manifestaciones de los grandes poderes del Estado, por ello en nuestro constitucionalismo decimonónico era común hablar, especialmente a partir de la Constitución de 1837, de la potestad de hacer leyes (poder legislativo),

⁷ DE OTTO, I. (1988). “Derecho Constitucional. Sistema de fuentes”. *Revista española de derecho constitucional*, n.º 8, N.º 23, pp. 305-322.

de la potestad de hacer ejecutar las leyes (poder ejecutivo) y de la potestad de aplicar las leyes (poder judicial); quedando reservado el término facultades para las distintas facetas de estas potestades.

Por lo que se refiere a los tipos de competencias, una lectura sistemática del artículo 149 CE nos permite diferenciar entre competencias exclusivas, compartidas y concurrentes, por lo que a nosotros nos interesa ahora, las competencias concurrentes son aquellas que, sobre una misma materia, pueden actuar los dos entes con potestades de la misma naturaleza. Un ejemplo de este tipo de competencia lo encontramos en el seno de la legislación básica estatal- legislación de desarrollo autonómica. En este mismo sentido se pronuncia T. De la Quadra-Salcedo Janini, quien señala que “las competencias concurrentes se caracterizan porque atribuyen competencia sobre una misma materia y con el mismo alcance a los dos niveles territoriales”⁸. No obstante, esta opinión no es pacífica. Así, autores como I. Lasagabaster Herrarte señalan que la relación competencial ley básica-ley de desarrollo, no se enmarca dentro las competencias concurrentes, sino de las compartidas definidas éstas como “aquellas competencias en las que el Estado tiene competencia para dictar las bases, legislación básica o normas básicas y las Comunidades Autónomas las normas de desarrollo”⁹.

En cualquier caso, esta distribución de competencias no solo puede llevarse a cabo a través de los Estatutos de Autonomía, sino que también, a través de los instrumentos específicos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 150 CE, se podrán transferir a las Comunidades Autónomas competencias adicionales. El Tribunal Constitucional ha señalado que mientras los Estatutos de Autonomía son instrumentos jurídicos de autoorganización, la transferencia o delegación del artículo 150.2 CE está en el ámbito de la heteroorganización¹⁰.

Finalmente, la Constitución ha previsto en el último inciso del artículo 149.3 CE una cláusula de cierre del sistema, nos estamos refiriendo a la cláusula supletoria, pues tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en sentencias como la 147/1991, de 4 de julio, (FJ 7) “[la regla de supletoriedad del Derecho estatal del art. 149.3 de la Constitución] no es una norma competencial sino ordenadora de la aplicación de las normas en el Estado compuesto configurado por la Constitución, más bien, precisamos ahora, una cláusula de cierre que tiene por objeto realizar el principio de plenitud del ordenamiento jurídico, suministrando al aplicador del Derecho una regla con la que pueda superar las lagunas de que adolezca el régimen jurídico de determinadas materias [...]”.

⁸ DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T. (2017). “La reanimación de la prevalencia. ¿una grieta abierta en nuestro modelo centralizado de justicia constitucional?” *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 111, p. 34. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.111.10>

⁹ LASAGABASTER HERRARTE, I. (2019). *El principio de primacía en la Constitución de 1978*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 152.

¹⁰ STC 56/1990, de 29 de marzo (FJ 5.º).

Pero, además, el principio de autonomía tiene relevantes implicaciones en el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, en este sentido podemos citar el voto particular a la sentencia del Tribunal Constitucional 1/2003, de 16 de enero, que formulan los Ex Magistrados Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, Javier Delgado Barrio y Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, y donde señalan que “La estructura constitucional del Estado de las autonomías ha dado lugar a un sistema complejo que se caracteriza, desde el punto de vista de la teoría de las fuentes del Derecho, por la posibilidad de concurso válido de normas de procedencias muy distintas, con ámbitos de competencia propios, garantizados constitucionalmente”.

Estas implicaciones, siguiendo a la doctrina¹¹ se pueden sintetizar en las siguientes ideas:

- i. En primer lugar, ha supuesto la introducción en nuestro sistema de fuentes, de nuevas fuentes de derecho, que solo durante un breve periodo de tiempo tuvieron vigencia, nos estamos refiriendo a los Estatutos de Autonomía.
- ii. En segundo lugar, se ha producido una “dinamitación” del concepto de ley. En este sentido dice O. Alzaga Villaamil que “la Constitución Española ha hecho estallar el concepto tradicional de ley”. Y es que, como señala E. Aja Fernández, “el español es quizá el ordenamiento en el que se observa con más claridad la multiplicación de variantes legislativas una vez superada la distinción entre ley en sentido material y ley en sentido formal que trajo consigo la Escuela Alemana”. En suma, en nuestro sistema de fuentes actual podemos distinguir entre el concepto de ley como género y el concepto de ley como especie, de ahí que podamos predicar, como decía F Rubio Llorente, que “lo que caracteriza hoy en día el procedimiento legislativo no es su origen, ni su función, sino su método, su procedimiento, su debate público y su publicidad”.

De tal forma que podemos hablar de leyes como una categoría de normas jurídicas de las cuales se puede predicar las notas de rango, fuerza y valor de ley, y dentro de esta categoría se incluirían no solo las leyes aprobadas por las Cortes Generales, sino también las aprobadas por los parlamentos autonómicos, pues como señala O. Alzaga Villaamil, “la Constitución de 1978 puso punto y final al monopolio estatal de dictar leyes, tradicional en nuestro Derecho Público”. Y es que las leyes de las Comunidades Autónomas son expresión del principio de autonomía. No es casualidad, que la palabra autonomía, desde el punto de vista etimológico signifique capacidad de autonormación.

Pero también dentro de la categoría de ley tendríamos que incluir las

¹¹ Con autores como J. Pérez Royo en PÉREZ ROYO, J. (2007). *Las fuentes del Derecho*. Madrid: Tecnos.

disposiciones normativas del gobierno, nos estamos refiriendo pues a los decretos legislativos y los decretos leyes, no solo expedidos por el Gobierno de la Nación (al amparo de los dispuesto en los arts. 82 a 85 y 86 CE), sino también del Gobierno de las Comunidades Autónomas (cuando así lo reconozcan sus respectivos Estatutos de Autonomía).

Por todo ello podemos afirmar con M. Aragón Reyes afirma que la potestad legislativa ya no se atribuye solo a uno de los poderes del Estado, como venía haciéndose en la teoría clásica de la separación de poderes, sino que es una función que se otorga al Estado en su conjunto. En suma, poco tiene que ver el poder legislativo que enunció Montesquieu en su día con el poder legislativo actual.

- iii. En tercer lugar, debemos señalar que han aparecido nuevas fuentes de derechos, nos estamos refiriendo a las normas con rango, valor y fuerza de ley recogidas en la Constitución Española en el artículo 150 en los apartados 1 (leyes marco), 2 (leyes orgánicas de transferencia y delegación) y 3 (leyes de armonización).
- iv. Y, en cuarto lugar, ha supuesto la aparición de 17 infraordenamientos normativos que, bajo el paraguas de la Constitución española, constituyen el ordenamiento jurídico español. Pues como señala Balaguer Callejón, bajo el ordenamiento constitucional vigente existen, además del ordenamiento general del Estado, diversos ordenamientos autonómicos (17 Comunidades Autónomas más 2 ciudades autónomas).

b) El principio de Unidad

Por lo que se refiere al principio de Unidad, dice O. Alzaga Villaamil que “estamos ante los cimientos mismos del Estado”¹², en este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional donde ha venido a establecer que “la Constitución parte de la unidad de la nación española que se constituye en un Estado social y Democrático de Derecho, cuyos poderes emanan del pueblo español, en el que reside la soberanía nacional. Esta unidad se traduce en una organización del Estado para todo el territorio nacional”¹³.

¹² ALZAGA VILLAAMIL, O. (2021). *Derecho político español según la Constitución de 1978*. Tomo I. Constitución y fuentes del Derecho. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 694.

¹³ En sentencias como la 4/1981, de 2 de febrero, o la 247/2017, de 12 de diciembre, o más recientemente, en la sentencia 158/2019, de 12 de diciembre, donde ha venido a recordar que “la soberanía de la Nación, residenciada en el pueblo español, conlleva necesariamente su unidad (art. 2 CE), mediante la que la Nación misma se constituye, al propio tiempo, en Estado social y democrático de derecho. Un Estado único, común para todos y en todo el territorio, sin perjuicio de su articulación compuesta o compleja por obra del reconocimiento constitucional de autonomías territoriales, siendo así el artículo 1.2 CE base de todo nuestro ordenamiento jurídico [STC 259/2015, FJ 4 a); en términos análogos, STC 90/2017, FJ 6 a)]” (STC 114/2017, de 17 de octubre, FJ 5 y STC 158/2019, de 12 de diciembre, FJ 4.º).

J. Santamaría Pastor añade que se trata de un principio de claro contenido jurídico y constituye “el correlato lógico indispensables del propio principio de autonomía: no hay autonomía posible sin unidad”¹⁴.

Así configurado, el principio de unidad actúa como un límite al principio de autonomía, límite que se materializa en la unidad del ordenamiento jurídico, en el interés nacional y en la unidad de mercado.

Uno de los mecanismos a través de los cuales el principio de unidad se manifiesta es en la denominada legislación básica, pues, al fin y al cabo, como señala J. Santamaría Pastor, “la normación básica que corresponde al Estado no es otra cosa que la traducción completa que el Constituyente ha hecho, en cada materia, de los principios de unidad y del interés general o nacional, es decir, lo que se busca es que la regulación normativa sea uniforme y tenga una vigencia común en toda la nación. Es decir, lo básico, tal y como señalado el Tribunal Constitucional en sentencias como la 33/2017, de 1 de marzo; 136/2012, de 19 de junio; o 211/2014, de 18 de diciembre; es lo esencial, lo nuclear o lo imprescindible de una materia en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas que delimita lo que en competencia estatal y determina el tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general la competencia asumida en su Estatuto Autonomía”.

No es este el lugar oportuno para llevar a cabo un estudio pormenorizado de esta fuente del derecho, pero sí debemos hacer referencia a alguno de los aspectos más destacados de este tipo de leyes para poder entender nuestro estudio.

En primer lugar, debemos comenzar señalando que la legislación básica se encuentra enunciada a lo largo del artículo 149.1 CE en diversos subapartados y con diferente terminología, en los que el Constituyente otorgó la competencia al Estado de establecer las bases respecto de determinadas materias para poder así garantizar la unidad del ordenamiento jurídico español, asumiendo después las Comunidades Autónomas la potestad legislativa para desarrollar dichas bases. A lo largo del artículo 149.1 CE, se observa que el Constituyente hace referencia a esta expresión en numerosas ocasiones, como por ejemplo en el subapartado 1.º “La regulación de las *condiciones básicas*¹⁵ que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”; o en el 17.º, el cual dispone que “*Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas*”; en términos similares podemos citar el apartado 23.º “*Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias*”.

¹⁴ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *Apuntes de Derecho Administrativo. Op. cit.*

¹⁵ La cursiva es nuestra.

Ahora bien, esta aparente sencillez desaparece en cuanto se entra al estudio detallado de este tipo de normas. Brevemente podemos resumir los aspectos más trascendentes de este tipo normas.

Así, debemos señalar que tenemos que distinguir entre la legislación básica, que corresponde dictar al Estado, y la legislación de desarrollo, que corresponde a las Comunidades Autónomas. De esta dicotomía, nosotros nos vamos a centrar especialmente en la legislación básica, ya que es la que mayores problemas plantea en la práctica.

Así pues, debemos aclarar que la legislación básica no puede confundirse, tal y como señala E. García de Enterría, ni con la con las leyes de bases recogidas en los artículos 82 a 85 CE (entendidas éstas como el acto de delegación, por el cual se delega en el Gobierno la potestad legislativa para dictar textos articulados), ni tampoco con las leyes de ampliación de competencias, ya mencionadas y recogidas en los apartados 1 y 2 del artículo 150 CE.

La principal diferencia entre las leyes previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 150 y la legislación básica radica en que, en el caso de la legislación básica, las Comunidades Autónomas tienen conferida directamente por la Constitución la posibilidad de desarrollar las bases que establezca la legislación básica.

Son varias las cuestiones más trascendentales, por lo que a nosotros nos afecta, respecto de la legislación básica.

i. *Qué se entiende por legislación básica*

Para responder a esta pregunta podemos acudir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, donde el máximo intérprete de nuestra Constitución¹⁶ ha venido a señalar que la noción *bases* presenta una doble vertiente a) una material y b) una formal.

- a) Por lo que se refiere a la vertiente material, el Tribunal Constitucional ha establecido que “lo que ha de considerarse como bases o legislación básica es el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias” (STC 48/1988, FJ 3). Sin embargo, y como recuerda la doctrina¹⁷, la legislación básica no puede agotar toda la normación, pues “los característico del sistema radica en el concurso de los dos centros territoriales de poder para la regulación global de una misma materia”¹⁸.

¹⁶ Entre otras podemos citar la sentencia 132/2019, de 13 de noviembre (FJ 6.º).

¹⁷ Entre otros autores podemos citar a SANTAMARÍA PASTOR, J.A. o GARCÍA DE ENTERRÍA, E.

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R. (2022). *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas.

- b) Atendiendo a la vertiente formal, ésta hace referencia al instrumento, al vehículo formal, para establecer lo básico, que de acuerdo con el Tribunal Constitucional este instrumento es la ley (STC 1/1982, FJ 1). No obstante, y como recuerda el propio Tribunal Constitucional “ [se] ha admitido que la exigencia aquí considerada no es absoluta; y consecuentemente ha estimado que excepcionalmente pueden considerarse básicas algunas regulaciones no contenidas en normas de rango legal e incluso ciertos actos de ejecución cuando, por la naturaleza de la materia, resultan complemento necesario para garantizar la consecución de la finalidad objetiva a que responde la competencia estatal sobre las bases (STC 48/1988, FJ 3) [...] Sin embargo, no cabe olvidar, en contrapartida, que la atribución de carácter básico a normas reglamentarias, a actos de ejecución o incluso a potestades administrativas ha sido entendida por este Tribunal como una dispensa excepcional” (STC 223/2000, FJ 6)”.

En suma, mientras que la vertiente material hace referencia al contenido, la vertiente formal hace referencia al continente.

ii. *Cuál es la relación entre legislación básica y legislación de desarrollo*

Se trata esta de una cuestión que no es ociosa, pues en función del tipo de la relación que exista entre una y otra norma, los mecanismos de resolución serán diferentes.

En relación con esta cuestión, la doctrina se ha preguntado si la ley básica estatal es parámetro de validez de la ley autonómica de desarrollo. Plantearse esta cuestión no es algo baladí, pues si afirmamos que la ley básica estatal es parámetro de validez de la ley de desarrollo autonómica, es decir, que aquélla forma parte del bloque de constitucionalidad, entonces estaremos afirmando que los conflictos entre ley básica-ley de desarrollo son conflictos propios del control de constitucionalidad, como veremos más adelante.

La mayoría de la doctrina coincide en afirmar que la relación entre la norma básica estatal y la norma autonómica de desarrollo no es la misma que se da en los supuestos de ley y reglamento ejecutivo, pues en el caso que estamos estudiando el legislador autonómico goza de una mayor autonomía y margen de actuación. Y es que como señala la doctrina, “la Constitución, al limitar las competencias estatales a la determinación de lo básico, exige implícitamente que la normativa de este carácter deje a las Comunidades Autónomas espacio suficiente para que éstas puedan desarrollar políticas o acciones propias¹⁹”.

¹⁹ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *Apuntes de Derecho Administrativo*. Op. cit.

c) El principio de solidaridad

Finalmente, debemos señalar que un escenario tan complejo como el que acabamos de exponer requiere de la existencia de una serie de principios que permitan garantizar la unidad del Estado como unidad estructural política. Para ello, se han previsto una serie de principios que rigen la relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, entre los que encontramos el principio de solidaridad. De acuerdo con J. Santamaría Pastor este principio lo que busca es proporcionar técnicas de convergencia que posibiliten el funcionamiento ordenado del conjunto, frente a las situaciones de tensión, que por otra parte son inevitables, y que surgen de los dos principios antes mencionados y que son potencialmente contradictorios.

Junto con este principio existen otros principios, como el principio de cooperación leal, entre otros.

Pero además de los principios que rigen las relaciones entre los diferentes entes políticos primarios también tenemos que hacer referencia a los principios que rigen las relaciones entre los diferentes infraordenamientos jurídicos y que permiten resolver las posibles antinomias que surgen en la praxis jurídica y que permiten por tanto garantizar la unidad, la plenitud y la coherencia del ordenamiento jurídico español.

De entre todos estos principios nosotros nos vamos a centrar en el principio de prevalencia.

El principio de prevalencia se encuentra recogido en el artículo 149.3 CE, donde se establece que “La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas”.

Es un lugar común en la doctrina afirmar que el principio de prevalencia es una regla que sirve para resolver los conflictos que surjan entre normas de distintos infraordenamientos, pero no de atribución de competencias²⁰. En suma, y como recogía I. de Otto “la cláusula, por tanto, no altera el reparto de competencias, sino que actúa dentro de él dirimiendo

²⁰ Así, para M. J. Alonso Mas “la prevalencia resuelve un conflicto aplicativo entre dos normas válidas, vigentes y que en principio serían aplicables, y nos dice cuál de las dos debe seleccionarse. No afecta a su vigencia ni a su validez, no se trata de una modulación de los efectos de inconstitucionalidad desde la propia Constitución” (“De nuevo sobre la prevalencia del derecho estatal y la inaplicación judicial del derecho autonómico”. María José Alonso Mas). En este mismo sentido señala B. Setuáin Mendía que “la prevalencia es una regla de resolución de conflictos normativos, interordenamentales, es decir, un criterio de selección de la aplicación en supuestos de controversia entre una norma estatal y otra autonómica que no se mueve en el ámbito de la delimitación de atribuciones Estado/Comunidades Autónomas, sino en el del buen funcionamiento de las relaciones entre sus respectivos ordenamientos” (“El ámbito de operatividad del principio de prevalencia: algunas certezas, riesgos inevitables y muchas dudas. (A propósito de la doctrina derivada de la serie jurisprudencial iniciada por la STC 102/2016, de 26 de mayo). Beatriz Setuáin Mendía).

el concurso normativo allí donde la regla de atribución de competencias no ofrece por sí misma una solución”²¹.

No obstante, debemos tener en cuenta que, entre el principio de prevalencia y el principio de competencia, no existe una rígida separación, pues, tal y como señala P. Ibáñez Buil “para que una norma pueda ser considerada prevalente es presupuesto previo su legitimidad desde el punto de vista competencial”²².

Aclarada la naturaleza del principio de prevalencia, la siguiente cuestión que debemos examinar es quién es el órgano encargado de aplicarlo, es decir, el ámbito subjetivo. Sobre esta cuestión podemos afirmar que también existe un cierto consenso doctrinal al afirmar que el principio de prevalencia establecido en el artículo 149.3 CE debe ser aplicado por los operadores jurídicos primarios y por los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria, pero no por el Tribunal Constitucional. El principal motivo radica en el hecho de que el principio de prevalencia sirve para determinar cuál es la norma aplicable, ámbito propio del control de legalidad, no quién es el competente, ámbito propio del control de constitucionalidad. En este mismo sentido se pronunció F. Rubio Llorente, quien señaló en su día que “la prevalencia no es regla aplicable por el Tribunal Constitucional, pues éste no debe escoger la norma aplicable para resolver caso, sino que se pronuncia sobre la validez de la ley en relación con el bloque de constitucionalidad”²³.

Determinado cuál es el ámbito material, la siguiente cuestión que debemos fijar es el ámbito objetivo del principio de prevalencia, es decir, en qué supuestos cabe aplicar el principio de prevalencia.

De acuerdo con T. De la Quadra-Salcedo Janini, podemos distinguir aquellos supuestos en los que prevalece la norma autonómica respecto de la norma estatal, de aquellos en los que prevalece la norma estatal sobre la autonómica.

El primer caso se daría cuando, de acuerdo con el autor antes citado, el derecho estatal se ha dictado en el ejercicio de la cláusula residual establecida en el artículo 149.3 CE, es decir, en casos de *derecho preconstitucional*. Mientras que el derecho estatal prevalecerá sobre el derecho autonómico en los siguientes supuestos: a) en caso de “colisión entre normas adoptadas en ejercicio de títulos competenciales materiales y propios distintos de cada uno de los dos niveles territoriales”²⁴; b) en el mismo supuesto anteriormente citado, pero ahora “el título competencial estatal no se define materialmente, sino que es un título competencial horizontal”²⁵; y c) en aquellos casos en los que

²¹ DE OTTOY PARDO, I. “La prevalencia del Derecho Estatal sobre el Derecho Regional” *Revista Española de Derecho Constitucional*. Vol I. Núm. 2, mayo-agosto 1981.

²² IBÁÑEZ BUIL, P. “La reciente evolución de la regla de la prevalencia del Derecho Estatal en la doctrina Constitucional”. *Revista de Administración Pública*, p. 222.

²³ DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T. “La reanimación de la prevalencia. ¿una grieta ... *Op. cit.*”

²⁴ DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T. “La reanimación de la prevalencia. ¿una grieta ... *Op. cit.*”

²⁵ DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T. “La reanimación de la prevalencia. ¿una grieta ... *Op. cit.*”

ambos niveles disponen de idéntica competencia sobre idéntico objeto. Esto es, en los casos de competencias concurrentes.

No obstante, debemos señalar que existe una cierta discusión doctrinal, pues mientras que un sector señala que esta cláusula es la correcta para resolver los conflictos que surgen entre competencias compartidas, otro sector señala, por el contrario, que se debe aplicar para resolver las antinomias que se originan en el seno de las competencias concurrentes.

Cuestión no menos importante es la que se refiere a los requisitos que se deben dar para aplicar esta regla de resolución de conflictos. De acuerdo con la doctrina, éstos se sintetizan en las siguientes ideas básicas:

- a) Que cada una de las normas que entra en conflicto haya sido dictada en el ejercicio de un título competencial válido.
- b) Que recaigan sobre un mismo objeto y que la solución de la aplicación de cada una de las normas de lugar a resultados contradictorios que no se puedan salvar por la vía de la interpretación.
- c) Que no se trate de una competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma.

1.2. Los conflictos entre legislación básica y legislación de desarrollo desde el punto de vista doctrinal

Una vez que hemos hecho una fotografía a “vista de pájaro” de nuestro ordenamiento jurídico desde un punto de vista estático, vamos a centrar nuestro estudio en un supuesto concreto que se puede dar, a saber: la contradicción entre legislación básica estatal y legislación autonómica de desarrollo y cómo se resuelve esta antinomia.

Se trata de una cuestión que no es pacífica. Son varias las preguntas que nos debemos hacer:

- a) En primer lugar, debemos preguntarnos si se trata de un problema de legalidad o de inconstitucionalidad

Esta pregunta no es ociosa, pues en función de la respuesta, el órgano competente para la resolución de esta antinomia será: o los órganos y tribunales de la jurisdicción ordinaria (si estamos ante un problema de legalidad) o el Tribunal Constitucional (si consideramos que es un problema de inconstitucionalidad).

Debemos comenzar definiendo qué se entiende por control de constitucionalidad y qué se entiende por control de legalidad. T. De la Quadra-Salcedo Janini²⁶ recuerda que el Tribunal Constitucional definió el control de

²⁶ DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T. “La reanimación de la prevalencia. ¿una grieta ... *Op. cit.*”

constitucionalidad como “aquellos supuestos en los que el control se suscita, de forma única y directa, respecto de un precepto contenido en la Constitución, pero también en aquellos otros en los que, como consecuencia de la configuración constitucional de la distribución de las competencias normativas, dicho control debe tener lugar, en los términos del 28.1 LOTC²⁷” (esto es del llamado bloque de constitucionalidad).

Por lo tanto, si afirmamos que la legislación básica estatal forma parte del bloque de constitucionalidad, y, por tanto, es parámetro de validez de la ley autonómica de desarrollo, entonces los posibles conflictos que puedan surgir en el seno ley básica-ley de desarrollo serán conflictos que tendrán que resolverse en el seno del control de constitucionalidad y por ende el órgano competente será el Tribunal Constitucional.

Por su parte, el control de legalidad puede definirse como aquel control que llevan a cabo los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria y que consiste en determinar la norma aplicable al caso concreto, entre dos normas válidas.

Sin embargo, el deslinde de las competencias del Tribunal Constitucional (jurisdicción constitucional) respecto de las del Tribunal Supremo (y la jurisdicción ordinaria) es difícil y complejo.

El Tribunal Constitucional es un órgano constitucional, que a diferencia de lo que ocurre en Alemania, y al igual que ocurre en Italia, se encuentra separado del Poder Judicial²⁸. Ello nos permite afirmar que no existe un poder judicial único que tenga en su vértice al Tribunal Constitucional. Sino que debemos distinguir, por una parte, la jurisdicción constitucional, encarnada por el Tribunal Constitucional; pues como dice el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTIC). “Es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional”. Y, por otra parte, encontramos la jurisdicción ordinaria en cuyo vértice se sitúa el Tribunal Supremo.

Así pues, mientras que el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, el Tribunal Supremo es el supremo intérprete de la legalidad ordinaria.

Como señala P. Tenorio Sánchez, el primero tendría como competencia la interpretación de la Constitución y el segundo sería el competente para interpretar y la aplicar la legalidad ordinaria. En suma, y siguiendo al autor antes mencionado, podríamos tal vez aceptar que la jurisdicción constitucional es la tendencialmente competente para interpretar la Constitución y la

²⁷ En la sentencia 163/1995, de 8 de noviembre (FJ 4.º),

²⁸ Así, mientras el Título VI de la Constitución regula el poder judicial, bajo esa misma rúbrica del artículo 117 al 127 y desarrollado por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la regulación del Tribunal Constitucional se halla en el Título IX, bajo la rúbrica “Del Tribunal Constitucional”, del artículo 159 a 165 y se encuentra desarrollado en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

suprema intérprete de esta última, mientras que la jurisdicción ordinaria es tendencialmente la intérprete de la legalidad y hasta cierto punto la suprema intérprete de la última²⁹.

No obstante, al igual que el Tribunal Constitucional es el máximo, pero no el único para interpretar Constitución, la jurisdicción constitucional no aplica sólo la Constitución, sino que también enjuicia la aplicación de la ley, es decir, de alguna manera, también aplica la ley. Y ello se debe a que el Tribunal Constitucional también tiene que interpretar la ley cuando esta última es objeto de un proceso, esto es, en los recursos de inconstitucionalidad y cuestiones de inconstitucionalidad. Por ello, nuestra jurisdicción ordinaria no puede ser definida pura y simplemente como la que aplica la legalidad ordinaria.

Sin embrago, el Tribunal Constitucional sí que es el único que puede declarar con efectos vinculantes la inconstitucionalidad de leyes. Ello se debe a que nuestra jurisdicción constitucional se caracteriza por ser una jurisdicción de carácter concentrada o también conocida como modelo centralizado de justicia constitucional.

Este sistema de jurisdicción constitucional, como señala García de Enterría³⁰, fue diseñado por Hans Kelsen en los primeros decenios del siglo XX y su punto de partida es la consideración de que la Constitución es una norma jurídica, pero no cualquier norma, sino la *Lex Suprema* del ordenamiento jurídico, y en virtud de esta supremacía se erige como criterio de validez del resto de normas del ordenamiento jurídico.

Llegados a este punto, y si bien este no es lugar oportuno para llevar a cabo un estudio detallado sobre el carácter concentrado de nuestra jurisdicción, a diferencia de lo que ocurre con los sistemas de jurisdicción difusa, y por utilizar los términos del maestro vienes, en los sistemas de jurisdicción concentrada el Tribunal Constitucional actúa como “legislador negativo”, pues tiene la capacidad para derogar del ordenamiento jurídico aquellas normas con rango y fuerza de ley que considere que son contrarias a la Constitución.

Las principales características del carácter concentrado de nuestra jurisprudencia son, de acuerdo con autores como V. Ferreres Comella o T. De la Quadra-Salcedo Janini³¹, las siguientes:

- i. Su centralización, pues, solo el Tribunal Constitucional puede controlar definitivamente la validez constitucional de las leyes. En consecuencia, los órganos judiciales no pueden por su propia auto-

²⁹ TENORIO SÁNCHEZ, P. (2022) “Relación entre Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional. Autocontención del Tribunal Constitucional”. *Teoría y realidad constitucional*, N.º 50, pp. 291-324. <https://doi.org/10.5944/trc.50.2022.36375>

³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2006). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, p. 325.

³¹ DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T. “La reanimación de la prevalencia. ¿una grieta ... *Op. cit.*”

ridad inaplicar una ley por estimar que viola a la Constitución. No obstante, este monopolio del Tribunal Constitucional sólo abarca el juicio negativo de constitucionalidad, pero no el positivo. En este sentido se pronunciaba García de Enterría, quien hablaba de “monopolio de rechazo”³².

- ii. El carácter abstracto del control, dado que la finalidad del proceso que se abre es determinar si una ley es o no inconstitucional.

A estas características R. Jiménez Asensio³³ añade otras, entre las que encontramos:

- iii. La legitimación para impugnar las leyes u otras disposiciones normativas ante el Tribunal Constitucional solo corresponde a los órganos políticos o las fracciones de órganos políticos (por ejemplo, una minoría parlamentaria), lo cual, dota a esos recursos de inconstitucionalidad de un fuerte contenido de “politicidad”³⁴.
- iv. La existencia de un proceso constitucional propio que conocerá específicamente de este tipo de asuntos.
- v. Y el carácter *erga omnes* de las sentencias de declaración de inconstitucionalidad.

En conclusión, y de acuerdo con Zagrebelsky, “el modelo centralizado de justicia constitucional supone otorgar un privilegio jurisdiccional al legislador, en virtud del cual las leyes solo pueden ser anuladas por el Tribunal Constitucional”³⁵.

El carácter concretado de nuestra jurisdicción constitucional también ha sido remarcado por el Tribunal Constitucional donde ha venido a señalar que: “[l]os órganos jurisdiccionales no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley, dado que el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1). La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia *erga omnes*, la inconstitucionalidad de las leyes [...]”³⁶.

Una de las consecuencias de que nuestra jurisdicción tenga carácter concentrado radica en el hecho de que el monopolio del rechazo de la ley

³² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Op. cit.

³³ JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2005). *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, p. 222.

³⁴ *Ídem*.

³⁵ *Vid.* Cita 29.

³⁶ STC 73/2000, de 14 de marzo, (FJ 16).

contraria a la Constitución solo corresponde al Tribunal Constitucional. Por lo tanto, la jurisdicción ordinaria no puede ni inaplicar la ley en un caso concreto ni declararla total o parcialmente inconstitucional, es decir, declarar su invalidez o expulsarla del ordenamiento jurídico.

No obstante, esta afirmación tiene una serie de excepciones, ya que cabe la posibilidad de que la jurisdicción ordinaria inaplique no solo las leyes preconstitucionales contrarias a la Constitución, sino también, y como recoge R. Alonso García³⁷, cabe la posibilidad de que los tribunales y jueces ordinarios inapliquen de las normas que sean contrarias al derecho de la Unión Europea³⁸ (STC 28/1991, de 14 de febrero de 1991) y a los tratados internacionales (a raíz de la STC 140/2018, de 20 de diciembre). Y, como vamos a ver más adelante, también, a raíz de las sentencias 102/2016, de 25 de mayo de 2016, y de la 204/2016, de 1 de diciembre de 2016, también los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria pueden inaplicar las leyes autonómicas contrarias a las bases fijadas por el Estado, en virtud del principio de prevalencia.

En este punto debemos detenernos en la discusión doctrinal que surgió respecto de las normas preconstitucionales contrarias a la Constitución.

Debemos comenzar señalando, tal y como indica la doctrina con autores como O. Alzaga Villaamil o I. de Otto y Pardo que ninguna Constitución al entrar en vigor sustituye automáticamente el ordenamiento jurídico previo a la misma.

Así pues, la entrada en vigor de la Constitución de 1978 supuso para el legislador ordinario la perentoria necesidad de llevar a cabo un proceso de adaptación del ordenamiento jurídico para adecuarlo a nuestra *norma normarum*.

En nuestro sistema constitucional la solución a este problema se encuentra regulada en la disposición derogatoria, apartado 3 de la CE, donde se dispone que “quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución”, cláusula que no está en muchas constituciones europeas, por ejemplo, la italiana de 1947 no la contienen. Aunque otras, como por ejemplo la Ley Fundamental de Bonn, sí la recogen.

³⁷ ALONSO GARCÍA, R. (2020) “El Control de Convencionalidad: cinco interrogantes”. Revista Española De Derecho Constitucional n.º 119, pp. 13-51. 10.18042/cepc/redc.119.01

³⁸ Como recuerda ALONSO GARCÍA, R. “la competencia del juez ordinario para inaplicar leyes por contrarias al derecho entonces comunitario, hoy de la Unión; competencia, además, de naturaleza plena, en el sentido de que, a diferencia de la del control de constitucionalidad de las leyes preconstitucionales, compartida entre el juez ordinario y el juez constitucional, esta de control de «europeidad» de las leyes, tanto anteriores como posteriores a nuestra adhesión, recaía, en términos exclusivos, en el juez ordinario, sin perjuicio, [...], del control último que más tarde se reservaría el TC, por la vía del recurso de amparo, «frente a inaplicaciones judiciales arbitrarias o insuficientemente fundadas de la ley española en nombre de la primacía del derecho comunitario europeo». Añadimos que esto ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional en sentencias tan recientes como la sentencia 141/2022, de 14 de noviembre, en la que el Tribunal Constitucional reitera su doctrina constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea.

El problema que esta disposición derogatoria ha planteado en el plano doctrinal y en el jurisprudencial, puede resumirse de la siguiente manera: si una ley anterior a la Constitución está en oposición con ésta, o bien se trata de un caso de inconstitucionalidad de tal ley, supuesto que la doctrina califica como inconstitucionalidad sobrevenida; o, por el contrario, se trata de un mero supuesto de derogación.

El problema está lejos de ser una mera cuestión terminológica, ya que, si concluimos que se trata de supuestos de inconstitucionalidad sobrevenida, al igual que sucede para conocer cualquier recurso de inconstitucionalidad, el único tribunal competente será el Constitucional; mientras que debemos admitir que la derogación de una ley por otra posterior puede producirse por el juez o tribunal ordinario que entienda del caso controvertido.

Debemos señalar que esta cuestión también se ha planteado en el derecho comparado, los dos modelos preferentes del Constituyente español son la Constitución Italiana de 1947 y la Ley Fundamental Alemana de 1949, donde se ha resuelto este mismo problema de manera diversa.

La fórmula de la Ley Fundamental de Bonn, regulada en su artículo 123, se decanta por atribuir a los jueces y tribunales la competencia para dirimir el problema de control de constitucionalidad de las leyes. Sin perjuicio de ello, y entendiendo que, en cuanto a sus efectos, la derogación y la inconstitucionalidad coinciden en la alegación final de la invalidez de la norma, el Tribunal Constitucional Federal ha admitido que puede utilizarse la vía del recurso directo de inconstitucionalidad contra leyes anteriores a la Constitución, por el argumento de que es una vía que solo el propio Tribunal Constitucional puede dispensar.

La fórmula italiana es, sin embargo, diferente. A pesar de que, como hemos expuesto la Constitución Italiana carece de cláusula expresa, ello no es óbice para derogar todas las normas que se opongan a ella. La Corte Constitucional Italiana en una de sus primeras sentencias estimó que no se trataba de un problema de abrogación si no de legitimidad constitucional sobrevenida. Por ello, declaró que era competente para decidir sobre la inconstitucionalidad de las leyes anteriores a la Constitución.

Desde la perspectiva italiana, se trata, en efecto, de un problema de compatibilidad con las bases constitucionales del ordenamiento jurídico suscitada con ocasión de la aplicación actual de la norma, aunque la elaboración de esta haya sido anterior. Se debe matizar que esta inconstitucionalidad sobrevenida ha de referirse precisamente a la contradicción de los principios materiales de la Constitución, no a las reglas formales de elaboración de las leyes que nuestra *norma normarum* establece hoy.

Un sector de la doctrina³⁹ inicialmente se decantó por la solución italiana, sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional en una de sus primeras

³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Op. cit.

resoluciones⁴⁰ optó por la vía alemana, si bien, con una notable diferencia, y es que, a diferencia del Tribunal Constitucional Alemán, nuestro garante de la Constitución sí acepta cuestiones de inconstitucionalidad sobre legislación preconstitucional. No obstante, la principal novedad consiste en que la sentencia establece una alternativa entre una aplicación por los jueces y tribunales ordinarios de la ley preconstitucional que contradigan la Constitución según el argumento de la derogación, y decisión del propio Tribunal Constitucional cuando dichos jueces y tribunales ordinarios no aprecien por sí mismos la derogación y ante la duda de si se ha producido o no planteen una cuestión de inconstitucionalidad, esa alternativa de soluciones produce una única diferencia: que la sentencia del Tribunal Constitucional tendrá fuerza *erga omnes*, resolviendo de manera definitiva y con carácter general las dudas que puedan plantearse, lo que no es el caso de las estimaciones de derogación que puedan hacer los tribunales ordinarios. Todo ello se fundamenta en la idea de que la Constitución es una ley superior, criterio jerárquico y posterior, criterio temporal, y la coincidencia de este doble criterio da lugar a la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente invalidez de las que se opongan a la Constitución, y de otra, a su pérdida de vigencia a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación.

En cualquier caso, observando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, parece claro que el sistema está hoy consagrado, y los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria podrán apreciar por sí mismos la derogación por la Constitución de las leyes precedentes o, si la conclusión les parece problemática, remitir la cuestión como cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional. No obstante, de acuerdo con García de Enterría “sería deseable que esto último ocurriese siempre que se tratase de principios generales y abiertos de la Constitución como preceptos concretos de las leyes, pero la opción está entera en manos de los jueces y tribunales ordinarios”⁴¹.

Por ello, un sector de la doctrina opta por la fórmula del monopolio de la inconstitucionalidad sobrevenida. Así por ejemplo, F. Rubio Llorente cuando formuló un voto particular en la sentencia 4/1981, de 2 de febrero, propugnaba la separación completa entre las instituciones de inconstitucionalidad y derogación, reteniendo la primera solo para las leyes posteriores a la Constitución y reconduciendo la segunda a las leyes anteriores a ésta que contraríen sus criterios, de tal forma que la constatación de la derogación debe ser reservada a los jueces y tribunales ordinarios, sin que el Tribunal Constitucional tenga en ellos función posible⁴².

⁴⁰ STC 4/1981, de 2 de febrero, de 1981.

⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Op. cit.

⁴² En este mismo sentido se pronunciaron autores como por ejemplo VARELA DÍAZ o SATRUSTEGUI GIL-DELGADO, M., quienes insistieron en los peligros que conllevaba el que la función de

- b) En segundo lugar, debemos examinar cuáles son las soluciones doctrinales que se han propuesto para resolver esta antinomia.

Nosotros nos vamos a centrar en la respuesta que ha dado el Tribunal Constitucional a partir de la sentencia 102/2016, de 25 de mayo de 2016, pero antes queremos hacer un breve repaso de cuáles eran las soluciones que se habían propuesto en sede doctrinal.

Desde el punto de vista doctrinal, autores, como J. Santamaría Pastor, señalan que “la lógica intrínseca de los conceptos hace inevitable concluir que la norma básica estatal, por la misma fuerza de las cosas, debe hallarse en una posición supraordenada o de superioridad jurídica intrínseca respecto de la norma autonómica de desarrollo”. De tal forma que, de acuerdo con este autor, esta posición de superioridad determina, en primer término, la nulidad de la norma autonómica que contradiga los preceptos anteriormente establecidos por la norma básica estatal, la cual constituye un parámetro para medir la constitucionalidad de la primera. En consecuencia, para este sector de la doctrina si la ley básica establece una normación incompatible con la normativa anterior de desarrollo, ésta debe entenderse derogada. En suma, para este sector de la doctrina podríamos decir que el mecanismo que debe emplearse es el principio jerárquico.

Frente a esta postura, otro sector de la doctrina con autores como E. García de Enterría propugna que la relación entre la normación básica estatal y las normas de desarrollo autonómico no responde a una relación de jerarquía y ello se debe, entre otros motivos, a que la jerarquía se da sólo entre normas procedentes del mismo sujeto y no en la relación interordinamental. Por ello, este sector de la doctrina propugna que la solución a esta antinomia reside en la técnica del desplazamiento. De tal forma que la norma estatal desplaza a la norma autonómica la cual queda ineficaz, no siendo posible, para sector doctrinal aplicar la técnica de la derogación, dado que “es más que dudoso que técnicamente quepa hablar de derogación de la norma de un ordenamiento por la norma de otro”⁴³.

interpretar y aplicar la Constitución fuera ejercida por la jurisdicción ordinaria, lo que en su criterio pugnaría contra el principio de concentración que rigen la Constitución en materia de cuestiones de inconstitucionalidad.

⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R. *Curso de Derecho Administrativo I*. Op. Cit.

II. LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE LEGISLACIÓN BÁSICA Y LA LEGISLACIÓN DE DESARROLLO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA LLAMADA DOCTRINA DE LA PREVALENCIA. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 102/2016, DE 25 DE MAYO, Y SU EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

2.1. Resolución de conflictos entre legislación básica estatal y legislación de desarrollo de las Comunidades Autónomas antes de la sentencia del Tribunal Constitucional 102/2016, de 25 de mayo de 2016

Centrándonos ya en las soluciones que había dado el Tribunal Constitucional a esta cuestión, hasta la sentencia 102/2016, de 25 de mayo de 2016, la línea jurisprudencial que había seguido el Tribunal Constitucional consistía en afirmar que, los supuestos de contradicción entre legislación básica estatal y legislación de desarrollo autonómica, constituían un supuesto de inconstitucionalidad sobrevenida, y por ende, la competencia correspondía al Tribunal Constitucional, como único órgano con competencia para depurar el ordenamiento jurídico, todo ello como consecuencia lógica del carácter concentrado de nuestra jurisdicción constitucional.

J. Santamaría Pastor recuerda que la jurisprudencia constitucional ha puntualizado que para que tenga lugar la inconstitucionalidad de la norma autonómica por infracción de la normativa estatal básica, han de concurrir dos requisitos: primero, que la norma estatal infringida por la ley autonómica sea, en el doble sentido material y formal, una norma básica (y por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial de la Constitución haya reservado al Estado); Y, segundo, que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, se efectiva insalvable por vía interpretativa.

En estos supuestos, cuando el juez o tribunal de la jurisdicción ordinaria considere que existe una contradicción entre una ley básica estatal y una ley de desarrollo autonómica, debe, al amparo de lo dispuesto en los artículos 163 de la Constitución Española; 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional; y 5.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, plantear una cuestión de inconstitucionalidad. De tal forma que nos encontramos ante un problema de inconstitucionalidad, y no de norma aplicable, esto es, de un problema de legalidad que deba resolver los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria.

Como recuerda el fundamento jurídico 2.º de la sentencia del Tribunal Constitucional 76/2022, de 15 de junio de 2022, esta doctrina fue sentada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 173/2002, de 9 de octubre,

FJ 9, donde el máximo intérprete de nuestra Constitución vino a establecer que: “[l]os órganos jurisdiccionales no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley (STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 16), dado que el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1). La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia *erga omnes*, la inconstitucionalidad de las leyes, tanto más cuanto en un sistema democrático la ley es expresión de la voluntad popular —como se declara en el preámbulo de nuestra Constitución— y es principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy vigente en España (por todas, SSTC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 4; 104/2000, de 13 de abril, FJ 8, y 120/2000, de 10 de mayo, FJ 3)”.

El Tribunal Constitucional en la sentencia 173/2002, de 9 de octubre, también aclara que “la inaplicación de una ley no solo vulneraba el rango y dignidad de ésta sino, muy en particular, los derechos procesales de las partes, puesto que forma parte, sin duda, de las garantías consustanciales a todo proceso judicial en nuestro ordenamiento el que la disposición de ley que, según el juzgador, resulta aplicable en aquel no pueda dejar de serlo, por causa de su posible invalidez, sino a través de la promoción de una cuestión de inconstitucionalidad mediante resolución motivada (art. 163 CE) y con la audiencia previa que prescribe el artículo 35 LOTC”.

De tal forma, continúa señalando nuestro Tribunal Constitucional que “ignorar estas reglas, constitucionales y legales, supone, en definitiva, no solo menoscabar la posición ordinamental de la ley en nuestro Derecho y soslayar su singular régimen de control, sino privar también al justiciable de las garantías procedimentales (como el de la previa audiencia, a que nos acabamos de referir), sin cuyo respeto y cumplimiento la ley aplicable al caso no puede dejar de ser, en ningún supuesto, inaplicada o preterida” (STC 173/2002, FJ 8).

“En consecuencia”, resolvía el Tribunal Constitucional en aquel caso que, “habiendo preterido el órgano judicial el sistema de fuentes existente relativo al control de normas, tanto por negarse a aplicar el artículo 163 CE como por desconocer la eficacia de una norma legal plenamente vigente, ha violado una de las garantías que integran el contenido del proceso debido. Y además ha colocado, por ello, a la recurrente en amparo en situación de efectiva indefensión pues ni tuvo oportunidad u ocasión de prever, dado el sometimiento judicial al imperio de la ley, tal preterición del sistema de fuentes, ni pudo hacer uso del trámite de alegaciones del artículo 35 LOTC”.

Esta doctrina, fue luego reiterada posteriormente en otras sentencias del Tribunal Constitucional como la sentencia 66/2011, de 16 de mayo; la 187/2012, de 29 de octubre; 177/2013, de 21 de octubre, y la 195/2015, de 21 de septiembre, entre otras.

En suma, y como señala M. J. Alonso Mas “desde la sentencia del Tribunal Constitucional 163/1995, y hasta fechas recientes, el Tribunal Constitucional venía rechazando la inaplicación judicial de las normas autonómicas con rango de ley contrarias a otras amparadas en competencia estatales básicas y exclusivas, exigiendo siempre plantear una cuestión de inconstitucionalidad: tanto si la ley autonómica era anterior como posterior a la estatal; tanto en caso de contradicción con la ley básica en cuyo desarrollo se hubiera dictado, como en caso de ley autonómica dictada en ejercicio de una competencia exclusiva pero contraria a normas básicas amparadas en otro título competencia”⁴⁴.

Así pues, la doctrina jurisprudencial expuesta en las líneas anteriores puede resumirse en las siguientes ideas: los órganos de la jurisdicción ordinaria no son los competentes para fiscalizar las normas postconstitucionales con rango y fuerza de ley, dado que la depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, en nuestro sistema de justicia constitucional concentrada, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia *erga omnes*, la inconstitucionalidad de las leyes, *so pena* no solo de vulnerar el rango y dignidad de las leyes, sino también la tutela de los derechos y libertades fundamentales.

De tal forma que, en caso de contradicción entre una norma con rango de ley estatal y una norma con rango de ley autonómica, el juez o tribunal de la jurisdicción ordinaria debía plantear una cuestión de inconstitucionalidad, al amparo del artículo 163 de la CE ante el Tribunal Constitucional, y éste como supremo intérprete de la Constitución debía resolver la cuestión.

Un sector de la doctrina se ha mostrado crítico con esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Entre otros autores, podemos mencionar a M. A. Ruiz López⁴⁵, quien señala que el voto particular de la sentencia 1/2003, de 16 de enero (que ha tenido su continuidad en otro voto formulado en la STC 178/2004, de 21 de octubre, suscrito en este caso por Rodríguez Zapata y García Calvo) es congruente con el dinamismo que caracteriza la legislación básica y con una articulación más práctica y eficaz del funcionamiento del complejo sistema jurídico territorial. Y es que, de acuerdo con este autor los reajustes entre normas diversas no constituyen un monopolio del Tribunal Constitucional, cuya función primordial es garantizar la supremacía de la Constitución sobre la ley.

Y esta opinión doctrinal se dejó sentir en otros votos particulares que se formularon a alguna de las sentencias mencionadas anteriormente, como por ejemplo a la sentencia 66/2011, de 16 de mayo; a la de 177/2013, de 21

⁴⁴ ALONSO MAS, M. J. (2017). “De nuevo sobre la prevalencia del derecho estatal y la inaplicación judicial del derecho autonómico”. *Revista de Administración Pública*, n.º 203: mayo-agosto, pp. 235-265. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.203.08>

⁴⁵ RUIZ LÓPEZ, M. A. (2013). “La cláusula de prevalencia del Derecho estatal y la colisión entre jurisdicciones”. *Revista de Administración Pública*, n.º 192: septiembre-diciembre, pp. 137-178. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=4534820>

de octubre; o a la de 195/2015, de 21 de septiembre se habían formulados votos particulares que defendían la resolución de esta antinomia a través de la cláusula de la prevalencia.

Así, a la sentencia 195/2015, de 21 de septiembre de 2015, se formuló voto particular por parte del Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos en el que se defendía que, en “[estos] casos las colisiones entre leyes autonómicas y leyes básicas estatales modificadas después de la aprobación de aquéllas pueden y deben ser resueltas bien mediante una interpretación de los preceptos en controversia que permita conjugar su aplicación, haciendo prevalecer la interpretación de las leyes que es conforme con la Constitución y el orden constitucional de competencias; bien, cuando dicha interpretación conjunta no fuera posible, dando aplicación, conforme a lo establecido en el artículo 149.3, inciso 3, CE, a la normativa básica estatal. La legislación básica debe prevalecer sobre las leyes autonómicas que, a pesar de haber sido aprobadas válidamente en su momento, no resultan del ejercicio de competencias exclusivas —en sentido estricto— de las Comunidades Autónomas, sino de competencias de “desarrollo legislativo” de las bases del Estado, [...]. Esta prevalencia, sin embargo, como he defendido ya desde antiguo, no es un supuesto de declaración de nulidad de la norma autonómica cuyo monopolio compete al Tribunal Constitucional ex artículo 163 CE. Es un supuesto de inaplicación en que la normativa autonómica resulta desplazada por criterios de prevalencia que, como labor de interpretación y aplicación de normas en conflicto, puede ser desarrollada con naturalidad por los órganos judiciales, sin perjuicio de un eventual control posterior por parte de este Tribunal Constitucional”.

Antes de continuar debemos señalar, siguiendo a J. A. Razquin Lizárraga⁴⁶, que a pesar de que ésta había sido la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo no se acogió a esta doctrina, y siguió una línea argumental diferente. En sentencias como la de 13 de octubre de 2003⁴⁷ “a partir de su entendimiento sobre la cláusula de la prevalencia el Tribunal Supremo recurrió al mecanismo de una interpretación conforme o armonizadora de la legislación autonómica con la legislación estatal⁴⁸; y, en otro caso, utilizó la técnica de la “preemption” o desplazamiento, considerando que la contradicción entre una norma legal autonómica y la legislación estatal posterior debía resolverse confirmando prevalencia a esta, de acuerdo con lo previsto en artículo 149.3, aplicando la ley autonómica e inaplicando legislación básica estatal⁴⁹. A juicio del Tribunal Supremo, en estos casos de contradicción sobrevenida la cuestión estriba en la selección de la norma

⁴⁶ RAZQUIN LIZARRAGA, J.A. (2017). “El Tribunal Constitucional cambia su doctrina sobre la cláusula de prevalencia: posible inaplicación judicial de la ley autonómica en caso de colisión sobrevenida con la legislación básica estatal posterior. A propósito de las SSTC 102 y 204/2016”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 4, pp. 109-121 J.

⁴⁷ STS 13 de octubre de 2003 (Recurso de Casación núm. 2602/2000).

⁴⁸ STS de 6 de junio de 2007 (Recurso de Casación núm. 7376/2003).

⁴⁹ Por todas, STS de 9 de septiembre de 2008 (Recurso de Casación núm. 7459/2004).

aplicable y no en la inconstitucionalidad de una ley autonómica, pues el órgano judicial se limita legítimamente a desplazar la ley autonómica cuando otra posterior estatal ha declarado el carácter de legislación básica de una determinada regulación que no se ajusta lo establecida en aquella”⁵⁰.

Finalmente, debemos mencionar, como recuerda B. Setuáin Mendía que, no solo la jurisprudencia del Tribunal Supremo se había pronunciado en este sentido, sino que también encontramos pronunciamientos similares en otras sentencias de las salas de lo Contencioso Administrativo de los TSJ de la Comunidad de Valencia (de 20 de noviembre de 2002), de Castilla-La Mancha (de 27 de diciembre de 2010 y 26 de julio de 2011) y de Canarias (de 28 de noviembre de 2012 y de 21 de abril de 2014)⁵¹.

2.2. Resolución de conflictos entre legislación básica estatal y legislación de desarrollo de las Comunidades Autónomas a partir de la sentencia 102/2016, de 25 de mayo de 2016: la llamada doctrina de la prevalencia

En cualquier caso, esta ha sido la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal Constitucional, hasta la sentencia 102/2016, de 25 de mayo de 2016, donde el máximo intérprete de nuestra Constitución ha venido a establecer una nueva línea jurisprudencial, denominada como *doctrina de la prevalencia*.

Esta doctrina consiste en la aplicación, por parte de los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria del principio de prevalencia, recogido en el artículo 149.3 CE, antes explicado, en los casos de antinomias ocasionadas por la contradicción entre legislación básica estatal y legislación de desarrollo autonómica, resolviéndose a favor de la legislación básica estatal, sin que ello suponga la invalidez de la ley autonómica de desarrollo puesto que en nuestros sistema de jurisdicción constitucional concentrada esta competencia corresponde solo al Tribunal Constitucional, en el ejercicio de sus funciones como “legislador negativo”.

Para poder entender este cambio jurisprudencial debemos hacer un breve resumen de la cuestión objeto de la sentencia 102/2016. En este caso, como recoge I. Lasagabaster Herrarte⁵², la Ley de Bases de Régimen Local y la Ley de Administración Local de Galicia exigían la misma mayoría de 2/3 del número de miembros de la corporación para adoptar el acuerdo de alteración de

⁵⁰ STS de 7 de abril de 2009 (Recurso de Casación núm. 4418/2006).

⁵¹ SETUÁIN MENDÍA, B. (2018). “El ámbito de operatividad del principio de prevalencia: algunas certezas, riesgos inevitables y muchas dudas. (A propósito de la doctrina derivada de la serie jurisprudencial iniciada por la STC 102/2016, de 26 de mayo)”. *Revista General de Derecho Administrativo*, N.º. 47, p. 37.

⁵² LASAGABASTER HERRARTE, I. (2019). *El principio de primacía en la Constitución de 1978* Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 152.

términos municipales. La posterior Ley estatal 57/2003, que modifica la Ley de Bases de Régimen Local, redujo esta mayoría, estableciéndola en la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación. Esta modificación hizo que la Ley de la Administración local de Galicia, que establecía una mayoría de 2/3, se viera incurso en inconstitucionalidad sobrevenida.

El Tribunal Constitucional dio un paso más en la doctrina de la prevalencia en la sentencia 204/2016, de 1 de diciembre de 2016, donde vino no solo a confirmar el cambio jurisprudencial acometido en la sentencia anteriormente mencionada, sino que además amplió los supuestos en los cuales podía aplicarse la doctrina de la prevalencia. En este caso, la cuestión objeto de este nuevo pronunciamiento del Tribunal Constitucional consistió en resolver una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un juzgado de lo contencioso-administrativo de Bilbao, que planteaba la siguiente disyuntiva: la Ley 6/1989, de la función pública vasca, preveía un plazo de prescripción de las infracciones en su artículo 89.2, que devino contrario a la regulación que realizó posteriormente la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

En estas dos sentencias el Tribunal Constitucional vino a señalar que, para que se pudiera aplicar la doctrina de la prevalencia, debían darse los siguientes requisitos:

- a) Que estemos ante un supuesto de inconstitucionalidad mediata sobrevenida. La inconstitucionalidad sobrevenida tiene lugar cuando la norma autonómica no vulnera directamente la Constitución, sino que lo hace de manera secundaria o derivada, por infringir una norma de rango infraconstitucional dictada por el Estado en el ejercicio de sus competencias propias (entre otras, STC 102/2016, de 25 de mayo, FJ 1).
- b) En cualquier caso, debemos remarcar que la doctrina de la prevalencia no opera en los casos de inconstitucionalidad mediata originaria. De acuerdo con M. J. Alonso Mas, “la diferencia entre incompatibilidad originaria y sobrevenida es que, en la primera, el legislador autonómico se aparta conscientemente de las bases, a diferencia de los casos de leyes repetidas y de incompatibilidad sobrevenida”⁵³.

Y que esta situación de inconstitucionalidad mediata sobrevenida se deba:

- i. Bien porque la norma autonómica reproduce o desarrolla lo dispuesto en la normal estatal básica, y en ese caso la legislación autonómica no ha hecho sino reproducir la legislación básica, y ésta se

⁵³ ALONSO MAS, M.^a J. (2017). “De nuevo sobre la prevalencia del derecho estatal y la inaplicación judicial del derecho autonómico”. *Revista de Administración Pública*, n.º 203: mayo-agosto, pp. 235-265. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.203.08>

modifica después en un sentido incompatible con aquella legislación autonómica, es decir en los supuestos de *lex repetita*.

Dicho con otras palabras, cuando la inconstitucionalidad mediata sobrevinida se debe a la modificación de la normativa estatal aplicable, sin que se haya producido la exigible acomodación de la legislación autonómica, cuando esta no hacía sino repetir la legislación básica (caso planteado en la sentencia 102/2016).

- ii. O bien porque, ante supuestos de ausencia de norma básica, posteriormente se dicta ésta en un sentido incompatible con la norma autonómica de desarrollo anterior (supuesto planteado en la sentencia 204/2016).

No obstante, debemos señalar que hay algún sector doctrinal, con autores como B. Setuáin Mendía, que propugna que de las sentencias del Tribunal Constitucional se deriva que lo determinante de la aplicación de la regla de prevalencia ya no es que el precepto autonómico sea una *lex repetita*, sino el hecho de que la ley autonómica no sea contraria a las bases cuando fue aprobada. Es decir, que no plantease desajustes *ab initio*.

En cualquier caso, en virtud de la doctrina de la prevalencia corresponde a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria, la aplicación de la norma estatal sin necesidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, pues como resume el Pleno del Tribunal Constitucional, “no resulta necesaria la declaración de inconstitucionalidad de la ley autonómica, sino que cabe su mera inaplicación, por haber sido desplazada por la norma estatal al amparo de la cláusula de prevalencia del artículo 149.3 CE”⁵⁴.

No obstante, esta inaplicación no supone en ningún caso derogación de la norma autonómica, pues como viene insistiendo el Tribunal Constitucional, por imperativo constitucional la depuración del ordenamiento jurídico corresponde únicamente al Tribunal Constitucional; de tal forma que, como recoge el FJ 6.º de la sentencia 102/2016, de 25 de mayo, “este es uno de los casos en los que la aplicación del principio de prevalencia del derecho estatal no determina la derogación de la norma autonómica ni ha de conducir a su nulidad por inconstitucionalidad sobrevinida, de tal forma que puede resolverse [...] inaplicando la ley autonómica por considerar prevalente la posterior legislación básica estatal. Supone el único resultado constitucionalmente respetuoso con la plenitud del ordenamiento jurídico (art. 149.3 CE), si el asunto no se hubiera judicializado, y es el único también al que en todo caso puede llegar el órgano judicial que conoce del mismo en vía contencioso-administrativa, tras el planteamiento y estimación de una cuestión de inconstitucionalidad ante este Tribunal, la cual resulta por todo ello innecesaria”. En definitiva, “esa prevalencia del derecho estatal debe jugar en tanto

⁵⁴ Auto 27/2019, de 9 de abril de 2019.

no haya sido puesta en duda la constitucionalidad de la legislación básica modificada, pues en tal caso el juez sí debería plantear cuestión de inconstitucionalidad, pero no sobre la legislación autonómica sino sobre la propia legislación básica posterior, si considerase que, efectivamente, concurrían las condiciones para ello”.

Así pues, y tal y como señala T. De la Quadra-Salcedo Janini, la revocación de la doctrina tradicional se ha realizado a través de estas dos sentencias. Si bien es cierto que inicialmente en la sentencia 102/2016 se establecía una excepción a tal doctrina, cuando concurrían una serie de requisitos muy concretos, con la sentencia 204/2016 el ámbito de aplicación de la doctrina de la prevalencia se generaliza.

Este cambio jurisprudencial ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional en otros pronunciamientos posteriores, a saber: la STC 1/2017, de 16 de enero de 2017; la STC 76/2022, de 15 de junio de 2022; o el ATC 27/2019, de 9 de abril de 2019.

Finalmente, debemos señalar que recientemente el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse de nuevo sobre cuáles son los requisitos que deben darse para aplicar la doctrina de la prevalencia, así en el fundamento jurídico 2.º de la sentencia 76/2022, de 15 de junio, el máximo intérprete de la Constitución ha venido a señalar que “[...] se ha aplicado la denominada doctrina de la prevalencia en casos en que existía legislación básica estatal previa que el precepto autonómico controvertido simplemente reproducía (*lex repetita*), modificándose después la norma estatal en un sentido incompatible con la legislación autonómica (SSTC 102/2016, de 25 de mayo; 116/2016, de 20 de junio, y 127/2016, de 7 de julio, y AATC 167/2006, de 22 de mayo, y 27/2019, de 9 de abril, FJ 4). También se ha admitido dicha inaplicación en un supuesto de ausencia previa de norma básica y posterior dictado de esta en un sentido igualmente incompatible con una ley autonómica (STC 204/2016, de 1 de diciembre). En definitiva, en los casos [...] concurren como elementos comunes que la norma estatal de contraste tenía carácter de legislación básica y que era posterior a la disposición de la ley autonómica. Además, allí en donde existía legislación básica previa, la ley autonómica se limitaba a reproducirla, y el conflicto surgía al modificar el legislador estatal en un sentido tal que la norma autonómica devenía incompatible con la misma”.

Partiendo de los presupuesto antes mencionado el Tribunal Constitucional en la sentencia anterior señaló que no era de aplicación la doctrina de la prevalencia pues en el caso objeto de la sentencia 76/2022, de 15 de junio, una de las normas estatales, el artículo 24.1 LPACAP⁵⁵, se había dictado al amparo de la competencia exclusiva del Estado para dictar normas de procedimiento administrativo común, y por tanto no respondía al esquema

⁵⁵ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

competencial bases-desarrollo que, como hemos dicho, es uno de los presupuesto para aplicar la doctrina de la prevalencia; y la otra norma en conflicto, el artículo 10 LEA⁵⁶, precede a la disposición autonómica en cuestión, de forma que el conflicto no surge como consecuencia de la adopción o modificación de la ley estatal *ex post* a la ley autonómica. Es por ello por lo que, en este caso, no cabía aplicar la doctrina de la prevalencia, de tal forma que el juez conocedor del asunto tendría que haber planteado una cuestión de inconstitucionalidad.

En conclusión, y como habíamos anunciado ya, a los supuestos antes mencionados de inaplicación por parte de los tribunales y jueces ordinarios de las normas que sean contrarias al derecho de la Unión Europea, a los tratados internacionales y de las normas preconstitucionales contrarias a la Constitución se suman ahora la inaplicación de leyes autonómicas por contrarias a la legislación básica estatal en virtud del principio de prevalencia.

De esta forma, como recoge la doctrina con autores como M. J. Alonso Mas⁵⁷ o T. de la Quadra-Salcedo Janini⁵⁸, esta nueva jurisprudencia permite que la cláusula de prevalencia, recogida en el artículo 149.3 CE, pueda ser utilizada por los jueces y tribunales de la jurisdicción de ordinaria, pues hasta la fecha, este principio solo lo podían aplicar los órganos administrativos y bien los órganos judiciales, pero solo en relación con normas sin rango de ley.

2.3. Algunas consideraciones sobre la doctrina de la prevalencia

Sin duda alguna la doctrina antes expuesta supone un cambio nada desdeñable por las consecuencias que lleva a aparejada y que veremos más adelante, pero antes creemos que es necesario hacer una serie de consideraciones, y es que, como se señala en varios votos particulares de las sentencias antes mencionadas⁵⁹ se echa en falta una mayor motivación por parte del Tribunal Constitucional sobre cuáles son los fundamentos jurídicos de este cambio jurisprudencial.

En primer lugar, debemos comenzar recordando la diferencia entre plenitud y coherencia. Detenernos en esta cuestión no es algo ocioso, pues el Tribunal Constitucional en la sentencia 102/2016, de 25 de mayo de 2016, en el FJ 6.º, cuando expone la doctrina de la prevalencia, señala que “[...]”

⁵⁶ Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental.

⁵⁷ ALONSO MAS, M.ª J. “De nuevo sobre la prevalencia del derecho estatal... *Op. cit.* pp. 235-265.

⁵⁸ DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T. “La reanimación de la prevalencia. ¿una grieta... *Op. cit.*”

⁵⁹ Por ejemplo, en la STC 102/2016, de 25 de mayo de 2016, podemos citar el voto particular de la Magistrada Adela Asua Batarrita, quien señala que “El primer problema que suscita la Sentencia de la que discrepo proviene de la escasa argumentación que se ofrece para fundamentar la envergadura del cambio de la doctrina jurisprudencial que se acomete [...]”.

Supone el único resultado constitucionalmente respetuoso con la plenitud del ordenamiento (art. 149.3 CE) [...]”.

Sin embargo, en este punto coincidimos con lo expuesto por la Magistrada Adela Asua Batarrita, quien, en el apartado 7.º de su voto particular a la sentencia 102/2016, de 25 de mayo de 2016, señala que “[...] Ya desde el primer momento, la Sentencia muestra la confusión con la que se mueve entre las distintas cláusulas del artículo 149.3 CE, especialmente entre la cláusula de supletoriedad y la de prevalencia, como se observa al asignar al principio de prevalencia la finalidad de “asegurar la plenitud del ordenamiento”, para cuyo sustento se citan una serie de Sentencias de este Tribunal referidas todas ellas a la cláusula de supletoriedad. Cláusula que es la que se corresponde con ese principio de plenitud del ordenamiento, ya que su función se orienta a evitar lagunas en dicho ordenamiento; función que no puede predicarse de una regla que, según la propia Sentencia, tiene por objeto la selección de la norma aplicable”.

Y es que, como hemos comenzado diciendo, coherencia y plenitud son dos características del ordenamiento jurídico que no podemos confundir. La doctrina clásica con autores como L. Prieto Sanchís define la coherencia como “aquella cualidad del sistema en cuya virtud cada situación de hecho recibe un único tratamiento normativo dentro del sistema en cuestión”⁶⁰. De acuerdo con este autor, esa cualidad desaparece cuando nos encontramos con una antinomia o contradicción normativa, es decir, cuando el sistema imputa consecuencias jurídicas incompatibles a las mismas condiciones fácticas. En suma, y como señala M. Segura Ortega⁶¹, en sentido estricto la *coherencia* significa ausencia de contradicciones, esto es, las normas que forman parte de un mismo sistema no pueden prescribir la realización de conductas que son incompatibles entre sí. La *plenitud*, por su parte, se define como “una propiedad del ordenamiento jurídico en cuya virtud el sistema dispone siempre de una cualificación normativa para cualquier caso o supuesto de hecho”. En este mismo sentido se pronuncia A. E. Pérez Luño⁶² quien señala que un ordenamiento jurídico es pleno si dispone al menos de una respuesta para cada hecho de la vida cuya naturaleza exija su regulación jurídica.

No obstante, tanto la coherencia como la plenitud del ordenamiento jurídico son conceptos ideales, de tal forma que cuando se afirma que un ordenamiento jurídico es coherente y pleno, no se está afirmando la inexistencia de antinomias y lagunas, pues la aparición de éstas es consustancial a la naturaleza dinámica del Derecho; sino la existencia de mecanismos para la resolución de las mismas. Por ello, compartimos con el voto de la Magistrada Adela Asua Batarrita que la situación provocada por la contradicción entre la

⁶⁰ PRIETO SANCHÍS, L. (2016). *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta, p. 336.

⁶¹ SEGURA ORTEGA, M. (1998). *Manual de Teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, p. 288.

⁶² PÉREZ LUÑO, A. E. (2021). *Teoría del Derecho*. Madrid: Tecnos, p. 282.

legislación básica estatal y la legislación de desarrollo autonómica no afecta a la plenitud, sino a la coherencia del ordenamiento jurídico, por cuanto que no supone una laguna, sino una situación de contradicción normativa, siendo los mecanismos de resolución de uno y otro diferentes.

Aclarado esto, hemos visto que, entre los requisitos para poder aplicar la doctrina de la prevalencia, es necesario que nos encontremos en el seno de una relación legislación básica estatal-legislación de desarrollo autonómica; que se dé un supuesto de inconstitucionalidad mediata sobrevenida, y que esta inconstitucionalidad mediata sobrevenida se deba: o bien a una modificación en la ley básica que contradiga lo dispuesto con la ley de desarrollo autonómica, cuando ésta se hubiera limitado a repetir lo dispuesto en la ley básica; o bien cuando se debiera a la ausencia de ley básica y posterior dictado de ésta que contradiga la ley de desarrollo autonómica anterior.

No obstante, y desde la perspectiva de los requisitos que deben darse para aplicar el principio de prevalencia, recogido en el artículo 149.3 CE, se podría decir que, en puridad, no cabría, en ninguno de los dos supuestos, aplicar este principio para resolver la antinomia que se produce resultado de la contracción entre legislación básica-legislación de desarrollo.

Como hemos visto, el principio de prevalencia es una regla de resolución de conflictos, que parte de la premisa de que dos normas válidas, una autonómica y otra estatal, cada una dictadas al amparadas de un título competencial válido, entran en contradicción. En ese caso, y al ser un problema de norma aplicable, los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria deben decidir qué norma es la aplicable.

En los casos de contradicción de legislación básica-legislación estatal de desarrollo, desde el momento en el que se habla de “inconstitucionalidad mediata sobrevenida”, el uso de esta expresión nos indica que no estamos ante un problema de legalidad sino de constitucionalidad. Aun con todo, y aunque se tratara de un simple error de nomenclatura, no se da la premisa básica para poder aplicar el principio de prevalencia (tanto si consideramos que ley básica actúa como parámetro de validez de la ley autonómica como si no, pues en última instancia siempre se infringe el ordenamiento constitucional de distribución de competencias), ya que tenemos que enjuiciar en primer lugar la validez de la norma autonómica y, por tanto, ya no partimos de la premisa de que la confrontación se da entre dos normas válidas.

En el primer caso, esto es, cuando la contradicción se debe a la modificación de la normativa estatal aplicable, sin que se haya producido la exigible acomodación de la legislación autonómica, cuando ésta no hace sino repetir la legislación básica; la ley autonómica de desarrollo que entra en conflicto con la ley básica del Estado, no se dicta en el ejercicio de las potestades legislativas que la Constitución atribuye a las Comunidades Autónomas en el seno de la relación ley básica-ley de desarrollo, sino que simplemente es una reproducción de un precepto estatal, dictado al amparo de una competencia estatal. Es decir, en este caso, la norma autonómica que entra en conflicto con

la ley estatal no ha sido dictada mediante el ejercicio de una competencia propia. Por lo tanto, no se da el requisito de que las dos normas que entran en conflicto son normas válidas, o lo que es lo mismo, no se puede afirmar que las dos normas que entran en conflictos han sido dictadas, por cada ente territorial, en el ejercicio de sus competencias.

En el segundo supuesto, a saber, en los supuestos de ausencia de norma básica, y en los que posteriormente se dicta ésta en un sentido incompatible con la norma autonómica de desarrollo anterior; en este caso sí bien es cierto que las dos normas son dictadas en base a un fundamento constitucional legítimo, la operación de determinar cuándo acaba lo básico y cuándo comienza el desarrollo de lo básico, es más un problema de competencia que de norma aplicable, y por lo tanto no se podría resolver mediante la cláusula de la prevalencia. En suma, se trata de examinar si una de las dos normas en conflictos adolece de vicio de incompetencia, y si es así, es el Tribunal Constitucional el que se debe encargar de depurar el ordenamiento jurídico.

Llegados a este punto debemos hacer una aclaración, a saber, decimos que los conflictos de competencia son propios de la jurisdicción constitucional, porque cuando examinamos si un ente u otro es el competente, este examen se realiza en base a la distribución de competencias de la Constitución, de ahí que lo que en realidad se está haciendo es un control de la adecuación de las leyes en función de las competencias atribuidas en la Constitución y por el resto de las normas que conforman el bloque de la constitucionalidad.

En este punto debemos recordar que existe una cierta discusión doctrinal acerca de si la legislación básica es o no es parámetro de validez (y por lo tanto se inserta dentro del bloque de constitucionalidad) de la legislación autonómica de desarrollo. Los que se pronuncian en sentido negativo argumentan que la norma básica estatal no delimita las competencias autonómicas, y por ello no puede ser considerado como un parámetro de validez de la legislación de desarrollo autonómica. Así, por ejemplo, B. Setuáin Mendía señala que “en el seno de la relación ley básica-ley de desarrollo/invalidéz de esta última por inconstitucionalidad sobrevenida, la invalidéz no depende de su armonía con la primera, sino con el concepto de base que refleja la Constitución”⁶³.

En cualquier caso, lo que queremos decir es que todos los problemas competenciales son de alguna manera problemas de inconstitucionalidad y no de mera legalidad, ya que se trata de examinar qué ente político primario tiene atribuida la competencia para poder regular esa materia en cuestión y si nos encontramos ante un supuesto de competencia compartida, de competencia concurrente o de competencia exclusiva, en virtud de lo establecido en la Constitución y en las demás normas que forman el bloque de la

⁶³ SETUÁIN MENDÍA, B. (2018). “El ámbito de operatividad del principio de prevalencia: algunas certezas, riesgos inevitables y muchas dudas. (A propósito de la doctrina derivada de la serie jurisprudencial iniciada por la STC 102/2016, de 26 de mayo)”. *Revista General de Derecho Administrativo*, N.º 47, p. 37.

constitucionalidad. En conclusión, se trata de una función típica de nuestro Tribunal Constitucional como órgano encargado de velar por la adecuación del ordenamiento jurídico a la Constitución, lo que significa que atribuir esta función a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria es apartarse de nuestro sistema de constitucionalidad concentrada y aproximarse a uno de constitucionalidad difusa.

En este mismo sentido se pronuncian autores como López García, quien viene a señalar que la aplicación de la cláusula de la prevalencia supone llevar a cabo un juicio previo de la norma básica y calificar la competencia autonómica como exclusiva o no. Por lo tanto, para este autor la cláusula de prevalencia solo puede aplicarse cuando existe ese juicio previo de constitucionalidad.

Sin embargo, a este planteamiento podría hacerse la siguiente observación: el Tribunal Constitucional solo tiene el monopolio del control de la constitucionalidad de las leyes en lo referido al rechazo o expulsión de aquellas que, siendo posteriores a la Constitución, entren en contradicción con ella. Dicho en otras palabras, los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria sí pueden llevar a cabo un control positivo de validez de las normas con rango y fuerza de ley. Y, por lo tanto, sí sería de aplicación la cláusula de la prevalencia, pues antes de determinar qué norma es la aplicable, podrían llevar a cabo ese juicio de validez, que actúa como requisito previo para aplicar el principio de prevalencia.

Sobre esta cuestión T. De la Quadra-Salcedo Janini, señala que “aunque es cierto que el principio prevalencia es una regla de colisión y no una regla de delimitación de competencias, el principio solo opera cuando el órgano encargado de aplicar la regla ha determinado la validez de la norma a la que se pretende otorgar carácter prevalente, determinación que se realiza a través del principio de competencia”⁶⁴. De acuerdo con este autor “este juicio positivo de validez lo pueden realizar los órganos judiciales, pues nuestro modelo de justicia constitucional concentra en el Tribunal Constitucional, el monopolio de rechazo de la ley, pero no el de los juicios positivos de constitucionalidad”⁶⁵. Esta opinión es compartida por otros autores, como, por ejemplo, M. J. Alonso Mas.

Ahora bien, ¿cuál debe ser el objeto de este examen previo de validez?: a) la norma estatal, b) la norma autonómica o, c) ambas normas.

En este punto, la doctrina se encuentra dividida. Mientras que un sector doctrinal, con autores como I. De Otto y Pardo, Fernández Farreres, E. García de Enterría y Fernández Rodríguez, S. Muñoz Machado, M. Aragón Reyes o Arroyo Gil, propugna que la cláusula de la prevalencia presupone un juicio de validez competencial de las dos normas en conflicto. Otro sector de la doctrina, con autores como García Torres, F. Rubio Llorente,

⁶⁴ DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T. “La reanimación de la prevalencia. ¿una grieta... *Op. cit.*”

⁶⁵ DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T. “La reanimación de la prevalencia. ¿una grieta... *Op. cit.*”

Jiménez Campos o Padrós Reig, defiende que la cláusula de prevalencia presupone únicamente la realización de un juicio de validez de la norma con pretensión de prevalecer, pero no la realización de un juicio de validez de la norma a desplazar⁶⁶.

Por su parte, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en concreto de la sentencia 102/2016, de 25 de mayo, se deduce que el Tribunal Constitucional ha optado por señalar que el juicio previo de validez, que deben llevar a cabo los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria, solo recae sobre la legislación básica⁶⁷.

En cualquier caso, si optamos por analizar tanto la validez la norma desplazada (legislación de desarrollo) como de la norma que desplaza (legislación básica), y solo cabe plantear cuestión de inconstitucionalidad en el caso de que la norma que desplaza se considere que no es válida, nos surge la siguiente duda ¿qué ocurre con la norma desplazada que se considera que no es válida? Es decir, si se considera que la norma estatal es válida, y por tanto prevalece, pero la norma desarrollo no pasa ese juicio de validez positivo ¿cómo se depura la norma de desarrollo autonómica?

Sobre esta cuestión volveremos más adelante, pues antes tenemos que entrar en el fondo del análisis de validez positivo que deben realizar los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria. Y, de nuevo, son varias las observaciones que se pueden realizar, en función del supuesto de hecho en el que nos encontremos.

- a) En el caso de modificación de la normativa estatal aplicable, sin que se haya producido la exigible acomodación de la legislación autonómica, cuando ésta no hace sino repetir la legislación básica; se llegaría a la conclusión que, como recoge la STC 102/2016, de 25 de mayo de 2016, nos encontramos que el precepto de la ley de desarrollo autonómico que entra en contradicción con el precepto de la ley básica estatal, no se dicta en el ejercicio de una competencia propia de la Comunidad Autónoma, sino que es una simple repetición de una norma estatal dictada por el Estado al amparo de una competencia que le corresponde, a saber, establecer los principios y las bases que luego el legislador autonómico debe desarrollar.

⁶⁶ DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T. “La reanimación de la prevalencia. ¿una grieta... *Op. cit.*”

⁶⁷ De acuerdo con el voto particular de la Magistrada Adela Asua Batarrita a la Sentencia 102/2016, [el Tribunal Constitucional en esta decisión considera] “que la prevalencia [del] precepto básico estatal debe mantenerse en tanto no haya sido puesta en duda la constitucionalidad de la legislación básica modificada; únicamente en tal caso el juez sí tendría la obligación de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, pero en relación con la norma estatal, y no en relación a la norma autonómica [...]”.

Por lo que, en este caso, en realidad, no nos estamos encontrando con una contradicción entre una norma dictada al amparo de una competencia del Estado y una norma dictada al amparo de una competencia autonómica, sino que el precepto que entra contradicción es competencia del Estado, pero, por técnica normativa, se incluye en la normativa autonómica. En suma, se trata de una contradicción que afecta al contiene, pero no al contenido, pues sobre el contenido no hay duda: es competencia estatal porque es legislación de carácter estatal y, por lo tanto, la norma que debe prevalecer es la estatal por haber pasado ese juicio de validez positivo.

De esta forma, en estos casos, y por utilizar la terminología del Tribunal Constitucional, la inaplicación de la ley autonómica, por parte de los Jueces y Tribunales ordinarios, no vulnera su rango de ley, porque no es una materia sobre la cual la Comunidad Autónoma tenga competencia y, por lo tanto, no tiene que entrar a examinar el título competencial de atribución. Por lo tanto, y como recoge M. J. Alonso Mas, “para el Tribunal Constitucional no estamos ante un conflicto entre títulos competenciales diferentes, sino ante la relación norma básica-norma de desarrollo. Así, si estamos ante normas amparadas en títulos diferentes, no procederá aplicar la cláusula de prevalencia; porque estaremos ante la delimitación entre títulos competenciales”⁶⁸.

Dicho en otras palabras, no se está atentando contra la potestad legislativa de la Comunidad Autónoma, manifestación del principio de autonomía, porque sobre esta materia no tiene competencia, de tal forma que el legislador autonómico, a efectos de técnica legislativa, lo que hace es reproducir en su ley autonómica de desarrollo una norma jurídica que es dictada por el Estado al amparo de su competencia. Creemos que esta idea se contiene en el fundamento jurídico 6.º de la sentencia 102/2016, de 25 de mayo de 2016, cuando el máximo intérprete de nuestra Constitución señala que “[el legislador autonómico] no lo hizo reclamando una competencia propia, sino por puro mimetismo con la regulación contenida en la legislación básica que aquella ley pretendía desarrollar”.

En estos casos, como recoge M. J. Alonso Mas⁶⁹, para el Tribunal Constitucional “la ley autonómica no pretende innovar el ordenamiento mediante mandatos normativos; simplemente, reproduce la voluntad del legislador estatal”.

Llegados a este punto debemos señalar que, el hecho de que en un cuerpo normativo se contengan normas de diferente naturaleza no es una práctica desconocida en nuestro ordenamiento jurídico, baste señalar la doctrina sobre las denominadas materias conexas, expuesta

⁶⁸ ALONSO MAS, M.ª J. “De nuevo sobre la prevalencia del derecho estatal... *Op. cit.* pp. 235-265.

⁶⁹ *Ídem.*

por el Tribunal Constitucional en sentencias como la 5/1981, de 13 de febrero de 1981; o la 212/2012, de 14 de noviembre de 2012, donde el máximo intérprete de nuestra Constitución ha venido a establecer que, “en atención a razones de conexión temática o de sistematicidad o de buena política legislativa considere oportuno el legislador incluir junto a las materias estrictamente reservadas a la Ley orgánica [materias propias de ley ordinaria]”. Así según dicha doctrina “cuando se dé el supuesto que acabamos de indicar y, por consiguiente, en una misma Ley orgánica concurren materias estrictas y materias conexas, hay que afirmar que en principio éstas también quedarían sujetas al régimen de congelación de rango señalado en el artículo 81.2 de la Constitución y que así debe ser en defensa de la seguridad jurídica (art. 9.3 de la CE). Pero este régimen puede ser excluido por la propia Ley Orgánica en relación con alguno de sus preceptos, indicando cuáles de ellos contienen sólo materias conexas y pueden ser alterados por una Ley ordinaria de las Cortes Generales o, en su caso, por leyes de las Comunidades Autónomas. Si tal declaración no se incluyera en la ley orgánica, o si su contenido no fuese ajustado a Derecho a juicio del Tribunal Constitucional, será la sentencia correspondiente de éste la que, dentro del ámbito propio de cada recurso de inconstitucionalidad, deba indicar qué preceptos de los contenidos en una Ley orgánica pueden ser modificados por Leyes ordinarias del Estado o de las Comunidades Autónomas, contribuyendo de este modo tanto a la depuración del ordenamiento como a la seguridad jurídica, que puede quedar gravemente afectada por la inexistencia o por la imperfección de las citadas normas de articulación” [STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 21 c)].

En el caso que nos ocupa nos encontramos ante un cuerpo normativo (ley autonómica de desarrollo) que además de contener preceptos normativos dictados al amparo de su competencia, con el objetivo de “facilitar al operador jurídico el conocimiento de la normativa aplicable” (STC 102/2016 FJ 6.º) ha incorporado preceptos que recogen las bases que dicta el Estado al amparo del artículo 149.1 de la CE. En cualquier caso, y como viene a señalar el Tribunal Constitucional en el FJ 6.º de la STC 102/2016, de 25 de mayo de 2016, “el hecho de que el legislado autonómico incluya en un solo texto el conjunto de la normativa a tener en cuenta no significa que ello altere la naturaleza de la legislación reproducida, ni que el legislador autonómico pueda atribuirse alguna potestad alguna de influir en la legislación básica, por mucho haya sido reproducida en la legislación de desarrollo”.

En este caso, y atendiendo a todo lo expuesto, es claro, que la norma que desplaza (la legislación básica) es válida, pero la norma desplazada (la legislación de desarrollo) no.

- b) En el segundo supuesto, es decir en los casos en los que la norma autonómica de desarrollo se dicta en ausencia de una norma estatal básica el juicio de validez competencial de las dos normas en conflicto plantea mayores problemas. Ello se debe a que, ante la ausencia de legislación básica, el legislador autonómico en el ejercicio de sus competencias legislativas, desarrolla una norma sobre la cual todavía no existen los principios básicos, por lo tanto, en el caso de que posteriormente se dicte la ley básica y ésta sea en sentido contrario a la ley autonómica de desarrollo (anterior), la operación jurídica que se debe realizar en este caso no se trata de una mera constatación de cuál es el título competencial en virtud del cual se ha dictado cada norma, sino que debe entrar ahora en el sentido, en el espíritu de la norma. En suma, se debe realizar una operación mucho más compleja, pues se debe entrar a valorar hasta qué punto la norma de desarrollo autonómica era una decisión propia del legislado autonómico. Ello se debe a que es posible que el legislador autonómico legisle sin necesidad de esperar a las bases, pues su potestad legislativa no viene conferida *ex lege*, sino por la propia Constitución. Esta idea la remarcan E. García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, quienes señalan que, como ha reiterado el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones, “las Comunidades Autónomas no tienen que esperar a que el Estado dicte la normación básica para disponer de inmediato de sus facultades normativas de desarrollo”⁷⁰.

De todo lo dispuesto hasta ahora se observa que en realidad, y para ser lo más respetuoso posible con nuestro sistema de jurisdicción constitucional concentrada, la aplicación de la doctrina de la prevalencia, por parte de los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria para resolver los conflictos entre legislación básica estatal y legislación autonómica de desarrollo, solo podría darse en aquellos casos en los que, además de darse los requisitos mencionados anteriormente, existiría certeza sobre el carácter básico de la norma estatal, no solo desde el punto de vista extensional sino también intensional⁷¹.

Pues de lo contrario, y como ya hemos expuesto, los órganos de la jurisdicción ordinaria cuando realizaran el juicio positivo de validez tendrían que llevar a cabo una operación más propia del control de la constitucionalidad, al tener que entrar a valorar si la norma estatal tiene el carácter básico, tanto desde el punto de vista material y formal; que del control de la legalidad.

⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. Curso de Derecho Administrativo I. *Op. Cit.* p. 876.

⁷¹ Idea tomada de M. Atienza, quien venía a señalar que la idea de derecho presenta vaguedad tanto intensional como extensional pues no existe unanimidad respecto del conjunto de rasgos o propiedades que se predicán de él y que lo caracterizan (intensión); ni del conjunto de objetos o dimensiones de la realidad abarcadas por ese término (extensión).

En suma, creemos que para que los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria pudieran llevar a cabo ese juicio de validez positivo, que es requisito previo para aplicar la cláusula de la prevalencia, sería necesario que el carácter *básico* de la legislación estatal estuviera ya determinado.

Debemos señalar que esta cuestión ha sido también puesta de relieve en alguno de los votos particulares antes mencionados, en los supuestos en los que el carácter básico de la norma estatal no viene expresamente recogido en la propia norma o no ha sido declarado así por el Tribunal Constitucional, como ocurre con el artículo 47.2 LrBRL⁷² cuyo carácter formal y materialmente básico⁷³ ha sido declarado en las sentencias 66/2011y 159/2021, por referencia a su letra d) (FJ 1.º STC 102/2016).

Pues en ausencia del carácter expreso de lo básico, sería el juez o tribunal de la jurisdicción ordinaria el que tendría que determinar si la norma estatal, que entra en contradicción con la norma autonómica, tiene carácter básico.

No podemos olvidar que este requisito (en el carácter básico de la norma estatal), había sido exigido inicialmente en la sentencia 102/2016, de 25 de mayo, como uno de los requisitos que debían darse para aplicar la doctrina de la prevalencia. Sin embargo, cuando el Tribunal Constitucional extendió el ámbito de aplicación de la doctrina de la prevalencia en la sentencia 204/2016, de 1 de diciembre, este requisito desapareció. Algún sector de la doctrina, con autores como T. De la Quadra-Salcedo Janini, lo comparaban con la doctrina del “acto aclarado,” en virtud, de la cual, el juez nacional no tiene la obligación de plantear la cuestión prejudicial acerca la interpretación de una norma de la Unión ante el TJUE, cuando el propio Tribunal ya haya tenido ocasión de pronunciarse al respecto. Recientemente el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad pronunciarse sobre esta cuestión en la sentencia del Tribunal Constitucional 25/2022, de 23 de febrero.

Resta considerar una cuestión que nos habíamos dejado en el tintero, a saber, qué ocurre, con la norma autonómica que resulta que es contraria a la norma estatal. Pues la consecuencia de la aplicación del principio prevalencia es que la ley que es desplazada permanece, aun así, válida y vigente. Dice el Tribunal Constitucional en el FJ 6.º de la sentencia 102/2016 que “[...] Este es uno de los casos en los que la aplicación del principio de prevalencia del derecho estatal no determina la derogación de la norma autonómica ni ha de conducir a su nulidad por inconstitucionalidad sobrevenida, sino que puede

⁷² Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

⁷³ En este punto no podemos obviar la matización que hace la Magistrada Adela Asua Batarrita en el apartado 4 de su voto particular en la STC 102/2016, quien señala que “en relación al proclamado carácter básico del artículo 47.2 a) LBRL, debe advertirse que no se ha producido pronunciamiento constitucional sobre dicho supuesto. Tanto la STC 66/2011 como la STC 159/2012, citadas al final del fundamento jurídico 6, se refieren al carácter básico del artículo 47.2 d) y no del 47.2 a) LBRL, que sería el aquí aplicable [...]”

resolverse, como ha hecho la Xunta de Galicia, inaplicando la ley autonómica por considerar prevalente la posterior legislación básica estatal”.

En este punto debemos recordar que la doctrina, con autores como L. Prieto Sanchís⁷⁴ señala que el término derogación tiene diferente significado, en función del criterio de resolución de antinomias que se utilice; cuando decimos que “la ley superior deroga la ley inferior” (criterio jerárquico), el término deroga significa que la norma inferior es inválida. Cuando afirmamos que “la ley posterior deroga la anterior” (criterio cronológico), en este caso deroga ya no supone pérdida de validez, sino de vigencia. Y cuando decimos que “la ley especial deroga la general” (criterio de especialidad) aquí derogación significa solo la postergación de la norma para regular el caso concreto.

Por lo tanto, y de acuerdo con la argumentación del Tribunal Constitucional, en el caso de aplicación del principio de prevalencia nos encontramos con que el término *deroga*, no tiene el significado de invalidez, sino de pérdida de vigencia. Sin embargo, desde el plano puramente teórico, esta afirmación no sería del todo correcta pues, como hemos visto, los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria lo que hacen, al aplicar el principio de prevalencia, es seleccionar la norma aplicable, y por tanto, inaplicar aquella norma que no se considera de aplicación al caso, de tal forma que, en puridad, no cabe hablar de derogación en los términos antes expuestos.

En cualquier caso, se da la paradoja que la antinomia sigue existiendo, en primer lugar, pues dado que las sentencias de los tribunales ordinarios tienen eficacia *inter partes*, puede ocurrir no solo que esta cuestión se vuelva a plantear ante otro tribunal, sino que además otro tribunal o juez en el ejercicio de la potestad jurisdiccional puede decretar lo contrario, lo que conlleva una situación de gran inseguridad jurídica. En suma, se pone en peligro el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), dado que a diferencia de lo que ocurre con las sentencias del Tribunal Constitucional que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley, que por imperativo constitucional (art. 164 CE), tienen eficacia *erga omnes*; las sentencias de la jurisdicción ordinaria tienen eficacia *inter partes*, por lo que nos podríamos encontrar supuesto en los que sobre una misma norma recayesen sentencias divergentes respecto de su naturaleza básica.

En este mismo sentido, se pronunció la magistrada Asua, quien, en su voto particular, señala que “la aplicación de la prevalencia conlleva un riesgo cierto de inseguridad jurídica y de pérdida de uniformidad en la interpretación y aplicación de las normas del bloque de constitucionalidad”. También en esta misma línea encontramos otras voces autorizadas como la de T. de la Quadra-Salcedo Janini, quien señala que esta nueva doctrina del Tribunal Constitucional “supone una excepción al modelo centralizado de justicia constitucional y general dos consecuencias: una mayor inseguridad jurídica

⁷⁴ PRIETO SANCHÍS, L. (2016). *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta, p. 336.

en relación con el sistema de distribución de competencias y la imposibilidad de que los parlamentos autonómicos defiendan la conformidad de la ley autonómica con aquel”⁷⁵.

En suma, una situación que tendría que dirimirse, y dado que la jurisdicción ordinaria no puede depurar el ordenamiento jurídico nos encontraríamos con que en nuestro ordenamiento jurídico seguiría existiendo una antinomia que solo podría resolver o bien por el legislador autonómico mediante la modificación de la ley autonómica de desarrollo en el sentido de la legislación básica, o bien planteando una cuestión de inconstitucionalidad para que sea el Tribunal Constitucional el que, como legislador negativo, se encargue de depurar el ordenamiento Constitucional, y derogue, ahora si en el sentido de validez la norma autonómica.

Otra de las consecuencias de la aplicación de la doctrina de la prevalencia, de acuerdo con T. De la Quadra-Salcedo Janini, es que se atenta contra el carácter democrático de la obra de los parlamentos autonómicos. De acuerdo con este autor “en el modelo centralizado de justicia constitucional la representación de la Comunidad Autónoma, tanto el Gobierno como el Parlamento, tiene la capacidad de intervenir en el proceso por el que se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad reconociéndole, así, al órgano que elaboró la norma la capacidad de presentar sus argumentos y defender la legitimidad constitucional de la misma. Sin embargo, tal posibilidad no se daría en el centralizado, pues en los pleitos de los que conocen los jueces, el parlamento autonómico, o incluso su gobierno no sean parte en el litigio”⁷⁶. Es por ello que, algún sector de la doctrina (M.J. Alonso Mas), señala que “si se consolida esta nueva doctrina, será razonable exigir que se oiga en el proceso al autor de la norma. La ley 29/1998⁷⁷ exige oír en el proceso el autor del reglamento, cuando, ante un recurso indirecto, aquel no coincida con la demanda principal”.

En cualquier caso, y a meros efectos de buscar una solución debemos señalar que una situación similar se ha dado en el derecho de la Unión Europea en relación con el principio de primacía del derecho de la Unión Europea. Debemos recordar brevemente que el principio de primacía, fue inferido por el que hoy es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) a partir de la sentencia *Costa vs. Engel* de 15 de julio de 1964 (asunto 6/64) y viene a establecer que en caso de colisión entre el derecho de la Unión Europea y el derecho estatal, la norma comunitaria prevalece sobre nacional. Siempre y cuando aquella se encuentre dentro de su esfera de competencia.

Los efectos prácticos de la primacía consisten, en suma, en la exclusión o inaplicación de la norma interna incompatible. Sin embargo, y es aquí donde debemos centrar nuestra atención, la aplicación preferente de la norma

⁷⁵ DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T. “La reanimación de la prevalencia. ¿una grieta... *Op. cit.*”

⁷⁶ DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T. “La reanimación de la prevalencia. ¿una grieta... *Op. cit.*”

⁷⁷ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

comunitaria sobre la estatal no supone la nulidad absoluta o inmediata de la norma interna incompatible, la cual puede seguir produciendo efectos en sus contenidos en supuestos que no se opongan al derecho de la Unión Europea. Además, la derogación de la norma nacional opuesta al derecho Unión Europea corresponde a las instituciones estatales competentes.

No obstante, y tal y como señala la doctrina existe la obligación, por parte de los poderes públicos competentes, de eliminar las normas internas que sean contrarias al derecho de la Unión. La razón de ser radica en el hecho que, si un Estado miembro mantiene en vigor una norma nacional contraria, aun probando su inaplicación y el efectivo respecto de la Unión, incumple su obligación de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de los tratados y de los actos de las instituciones (principio de cooperación leal, art. 4.3 TUE). En suma, la primacía y el efecto directo de las disposiciones de la Unión no dispensan a los Estados miembros de la obligación de eliminar de su orden jurídico interno aquellas disposiciones incompatibles.

La doctrina señala que la razón estriba, en opinión del Tribunal de Justicia, en que el mero mantenimiento en vigor, aún sin aplicación, engendra siempre una situación de hecho ambigua, dejando a las personas afectadas en un estado de incertidumbre en cuanto a las posibilidades que tienen de acogerse a la norma de la unión. Por ello, el Tribunal de Justicia exige que la incompatibilidad entre una norma nacional y una norma de la Unión, incluso de efecto directo, deberá ser eliminada definitivamente mediante disposiciones internas de carácter obligatorio que tengan el mismo valor jurídico que las que deben ser modificadas. Esto significa que la utilización de las circulares administrativas, incluso publicadas en los Boletines Oficiales, advirtiendo de la inaplicación de la norma interna no son el medio adecuado para asegurar el pleno efecto de las normas de la Unión (STJUE de 15 de octubre de 1986 *Comisión c. Italia*, asunto 168/85).

Esta solución podría aplicarse al caso que nos ocupa, no obstante, tenemos que hacer una última precisión y es que no podemos olvidar que, como ha declarado el Tribunal Constitucional⁷⁸, el derecho de la Unión Europea, si bien es cierto que forma parte del ordenamiento jurídico español, no es un parámetro de constitucionalidad. Es decir, es un criterio hermenéutico, pero no un criterio de validez, de tal forma que, en el caso de contradicción entre norma nacional y norma de la Unión Europea, no existe propiamente un problema de inconstitucionalidad que deba dirimir el Tribunal Constitucional.

Así, como recuerda M. Marco Abato “la jurisprudencia del Tribunal Constitucional venía señalando desde sus inicios que la aplicación del derecho europeo era una “cuestión infraconstitucional” y ello en la medida en

⁷⁸ Entre otras podemos mencionar las sentencias 156/2021, de 13 de septiembre; 215/2014, de 18 de diciembre; y 75/2017, de 19 de junio.

que como señala la sentencia 215/2014, de 18 de diciembre, recordando resoluciones anteriores, a pesar de que la vinculación entre el derecho nacional y el derecho de la unión europea, se encuentra “instrumentada, con fundamento del artículo 93 CE y en el Tratado de adhesión” (STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a), ello no significa que en virtud de ese precepto “se haya dotado a las normas del Derecho de la Unión Europea de rango y fuerza constitucionales” (SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 4; 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a; y 134/2011, de 20 de julio, FJ 6), ni que el Derecho comunitario, originario o derivado, constituya canon de la constitucionalidad de las normas con rango de ley (SSTC 235/2000, de 5 de octubre, FJ 11; 12/2008, de 29 de enero, FJ 2; y 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 12; y en sentido parecido, SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14; y 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5)”⁷⁹.

En cualquier caso, de nuevo debemos insistir que esta propuesta debe tomarse con las cautelas necesarias, pues el problema que surge de la contradicción entre legislación básica estatal y legislación de desarrollo autonómica no está en el mismo plano que la problemática que surge de la contradicción entre derecho de la Unión Europea y derecho nacional. En el primer caso, y como hemos visto, acudimos a los mecanismos de resolución de autonomías previstos en nuestro ordenamiento, el cual, como ordenamiento jurídico pleno, prevé mecanismo de resolución de antinomias. Mientras que, en el segundo caso, tendríamos que acudir a los mecanismos de resolución de conflictos previstos en el sistema de ordenamientos multinivel⁸⁰.

Otra solución podría ser la propuesta en su día I. de Otto y Pardo para la solución respecto de las normas preconstitucionales, quien propugna que en esos casos se produce la derogación automática, *ex constitutione*, sin necesidad de declaración alguna.

Todo lo expuesto, nos lleva a intentar proponer algunas soluciones para intentar casar esta nueva línea jurisprudencial con la necesidad de garantizar la coherencia del ordenamiento jurídico. Estas son las soluciones que se nos ocurren:

- a) Volver a la línea jurisprudencial anterior a la sentencia 102/2016, de 25 de mayo, de tal forma que sea el Tribunal Constitucional el que dirima los conflictos entre legislación básica y legislación de desarrollo, y, por tanto, le corresponda efectuar no solo el juicio de validez negativo sino también el positivo, lo que supondría aumentar la carga de trabajo del Tribunal Constitucional y lo que ello supone para la ciudadanía, a saber, el retraso en la impartición de justicia.

⁷⁹ MARCO ABATO, M. (2017). “Una reflexión sobre la primacía del Derecho europeo, la aplicación judicial de la norma y la producción legislativa”. *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, n.º 29, pp. 75-127. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=6275513>

⁸⁰ Para un estudio más detallado se recomienda consultar GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *Constitucionalismo multinivel. Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Sanz y Torres.

- b) Mantener la línea jurisprudencial actual, si bien creemos sería conveniente que el Tribunal Constitucional aclarara de forma expresa, en primer lugar, si el juicio de validez positivo que deben llevar a cabo los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria recae tanto en la norma que desplaza como en la norma desplazada (que creemos que sería lo más conveniente) o solamente en la primera; y aclarado este extremo, dejara sentado que en los casos en los que el juez considere que la norma no es válida (no solo la que desplaza, sino también la desplazada), plantee cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. De tal forma que sea él, el que lleve el juicio de validez negativo, reservándose así el juicio de validez positivo a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria.
- c) Abrir nuestra jurisdicción concentrada a una jurisdicción difusa, lo que nos lleva a examinar cómo podría articularse este cambio.

III. CONCLUSIONES

Resta hacer unas últimas conclusiones de todo lo dispuesto hasta ahora y en concreto queremos enfocarlas en las implicaciones que esta nueva línea jurisprudencia adoptada por el Tribunal Constitucional en nuestro sistema de jurisdicción concretada y en el propio orden constitucional.

Así pues, son tres las preguntas que nos hacemos:

1) *¿Se ha iniciado el camino hacia la jurisdicción difusa?*

A lo largo de todo este comentario hemos venido afirmando que el carácter de nuestra jurisdicción constitucional es concentrado, y que es una cuestión pacífica en la doctrina. Y es que si bien es cierto que no hay ningún precepto de la Constitución que establezca expresamente que nuestro sistema de jurisdicción constitucional es de carácter concentrado, una lectura sistemática de la propia Constitución, en concreto de los artículos 153.a), 161 y 163, nos lleva a la concluir que los constituyentes decidieron diseñar un sistema de jurisdicción constitucional concentrado, que se caracteriza por otorgar a un órgano concreto, en este caso al Tribunal Constitucional, el control de la constitucionalidad de las leyes, encarnando así una jurisdicción propia y diferente de la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, debemos matizar que nuestro sistema de jurisdicción concentrada no es un sistema puro de jurisdicción constitucional concentrada, desde el momento en que se reconoce, en el artículo 163 de la Constitución, la posibilidad de plantear, por los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria, una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. En este sentido E. Álvarez Conde señala que no puede perderse de vista que en la actualidad casi ninguno de los sistemas de justicia constitucional res-

ponde totalmente a uno o a otro de los modelos mencionados. En realidad, cada país tiene sus propias peculiaridades, que afectan tanto las funciones como los procedimientos a seguir, “produciéndose una especie de simbiosis entre el sistema austriaco y el norteamericano, aunque con preponderancia de los elementos de aquel”. También se pronuncia en este sentido M.A. Ruiz López, quien señala que “la justicia constitucional española [...] se trata de un modelo que incorpora elementos difusos [...]”.

No obstante, en los últimos años este carácter difuso se ha acentuado y no son pocos los autores, entre otros R. Alonso García⁸¹, los que han señalado un cambio de paradigma hacia un sistema de jurisdicción mixta o incluso difusa en los últimos años al reconocer el Tribunal Constitucional en su doctrina jurisprudencial la posibilidad de que los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria puedan no solo inaplicar leyes autonómicas en virtud de la doctrina de la prevalencia, que hemos visto en este artículo, sino también la posibilidad de que puedan inaplicar las leyes preconstitucionales contrarias a las Constitución Española y las normas que sean contrarias al derecho de la Unión Europea y a los tratados internacionales.

En este mismo sentido, se pronuncia T. De la Quadra-Salcedo Janini, quien señala que “esta nueva doctrina supone una excepción a un modelo centralizado puro de justicia constitucional, pues abre la posibilidad de que los órganos judiciales efectúen una inaplicación de la ley autonómica por contravenir mediatamente la Constitución”. Por su parte, el magistrado Martínez Valdés, en su voto particular a la STC 2004/21016, señala que “la nueva doctrina supone una grieta abierta en nuestro modelo concentrado de justicia constitucional”.

Lo que nos lleva a plantearnos si este cambio de paradigma es posible, desde el punto de vista del orden constitucional diseñado en la Constitución de 1978.

Debemos comenzar recordando que no hay en la Constitución ningún precepto que recoja, de manera expresa, el carácter concentrado de nuestra jurisdicción constitucional, de hecho, una lectura atenta del artículo 161 CE nos permite afirmar que los constituyentes quisieron que el Tribunal Constitucional conociera de los recursos enunciados en este precepto, pero no se establece en ningún momento que se trate de una competencia exclusiva y excluyente del Tribunal Constitucional. Así mismo, una lectura del Título VI de la Constitución, relativo al poder judicial no prohíbe tampoco que los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria puedan ser competentes para conocer la inconstitucionalidad de las leyes. Así pues, el carácter concentrado de nuestra jurisdicción constitucional se deriva de lo dispuesto en el artículo 1.2 LOTC donde se establece que “Es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional” y de una interpretación sistemática de lo establecido en los artículos 5 y 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de

⁸¹ ALONSO GARCÍA, R. “El Control de Convencionalidad: cinco interrogantes”. *Op. cit.*

julio, del Poder Judicial. Carácter que, no obstante, ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en varias ocasiones, así en las sentencias 73/2000, de 14 de marzo (FJ 15), y en la sentencia 248/2000, de 19 de octubre (FJ 5), el Tribunal Constitucional ha señalado que “No hay que olvidar “que nuestro modelo de jurisdicción concentrada permite acudir a los Jueces y Tribunales ordinarios para defender cualquier clase de derechos e intereses legítimos”, poniendo a disposición de éstos un instrumento, la cuestión de inconstitucionalidad [la cuestión prejudicial de validez, en el caso de las normas forales fiscales], destinado a asegurar que la actuación normativa se ha mantenido “dentro de los límites de la Constitución”.

Por lo que, *a contrario sensu* podría entenderse que como no está prohibido, está permitido, lo que abriría la senda a un cambio de paradigma.

Baste señalar tres argumentos para sostener esta afirmación:

- 1) En primer lugar, que el propio TC en su STC 118/2016, 23 de junio, (FJ 2.º) ha declarado que “es importante tener presente que nuestro constituyente no quiso diseñar un modelo cerrado de jurisdicción constitucional, petrificado y congelado en el tiempo, e incompatible con el carácter evolutivo del Derecho, sino que dejó al legislador orgánico su determinación última. Basta con acudir a los artículos 161.1 d), 162.2 y 165 CE, para constatar la inexistencia de un modelo cerrado de jurisdicción constitucional y la existencia de una amplia habilitación al legislador orgánico para su ulterior configuración, pudiendo articular cada nuevo proceso, no solo como un instrumento de resolución de controversias constitucionales, sino también como un vehículo a través del cual alcanzar los fines que la propia Constitución le impone [...]”. En este mismo sentido se pronuncia M. J. Alonso Mas quien señala que “la sentencia 118/2016 afirma que los tribunales ordinarios no están excluidos de modo absoluto del control de normas con rango de ley”⁸².
- 2) En segundo lugar, que este argumento, es decir que el hecho de que una determina cuestión no este prohibida, permite interpretar que, *a contrario sensu*, está permitida, ha sido utilizado en varias ocasiones. Así, se ha utilizado para reconocer la potestad reglamentaria de los Ministros o de las Administraciones Independientes, pues el artículo 97 CE no señala que la potestad reglamentaria “solo” corresponda al Gobierno. En este sentido señala la doctrina, que “el hecho que la Constitución sólo prevea expresamente la potestad reglamentaria del Gobierno no ha sido nunca interpretado en el sentido de que impida a la ley atribuir potestad reglamentaria a otras autoridades administrativas. Es decir, no existe un monopolio constitucional del

⁸² ALONSO MAS, M.ª J. “De nuevo sobre la prevalencia del derecho estatal... *Op. cit.*

Gobierno sobre la potestad reglamentaria. Tan es así que la legislación ha reconocido tradicionalmente potestad reglamentaria a los Ministros, al menos en las cuestiones domésticas u organizativas de sus correspondientes departamentos; y se lo ha venido reconociendo, asimismo, a las entidades locales. Y en tiempos más recientes, no sólo se admite la atribución legal de potestad reglamentaria a autoridades del Poder Ejecutivo (estatal o autonómico) y a las entidades locales, sino también a autoridades independientes”.

Pero también este argumento se ha utilizado para permitir que las Comunidades Autónomas puedan crear órganos homólogos al Defensor del Pueblo, ya que a pesar de que el artículo 54 CE, precepto que regula la institución del Defensor del Pueblo, no mencione expresamente la existencia de figuras similares en las Comunidades Autónomas, este silencio fue interpretado en el sentido de que tales figuras eran posibles pues no se establece ningún tipo de monopolio estatal en este ámbito. De esta forma, la LO 3/1981, del Defensor del Pueblo, contempló la posibilidad de la existencia de entidades similares (art. 12.2), y los estatutos de autonomía comenzaron a preverlas, desarrollándose e implementándose poco a poco.

Lo mismo puede decirse respecto del Consejo de Estado recogido en el artículo 107 CE o del Tribunal de Cuentas, regulado en el artículo 136 CE. Así, respecto de los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas, esta posibilidad fue declarada constitucional por el Tribunal Constitucional en la sentencia 204/1992, de 26 de noviembre. Por lo que se refiere a la posibilidad de creación de órganos de control externo por parte de las Comunidades Autónomas, la Constitución española no contempla expresamente ni tampoco exige que el Tribunal de Cuentas sea el único órgano de fiscalización de la actividad financiera pública. No obstante, y como recuerda M. Núñez Pérez⁸³ el Tribunal Constitucional “ha señalado en las SSTC 187/1988, de 17 de octubre, 18/1991, de 31 de enero, y 215/2000, de 18 de septiembre, [que] el bloque de la constitucionalidad en materia de control externo económico-financiero y presupuestario del sector público está integrado por los artículos 136 y 153.d) de la Constitución Española, antes aludidos, por la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, así como por las disposiciones estatutarias mediante las que se crean y regulan los correspondientes Órganos autonómicos. En estas sentencias del Tribunal Constitucional se señala, además, que las competencias fiscalizadoras de los Órganos autonó-

⁸³ NÚÑEZ PÉREZ, M. (2018). “Título VII. Economía y Hacienda. Artículo 136”, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.^a E. (dir.). *Comentarios a la Constitución Española Tomo II*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, BOE: Tribunal Constitucional (España): Wolters Kluwer: Ministerio de Justicia (España), p. 1720.

micos son jurídicamente concurrentes y compatibles con las competencias fiscalizadoras del Tribunal de Cuentas sobre los sectores públicos autonómico y local”.

Finalmente se utilizó como uno de los argumentos, entre otros, para reconocer que los Parlamentos de las Comunidades Autónomas también ostentan potestad legislativa. Así, por ejemplo, señala S. Muñoz Machado que “la interpretación a favor del reconocimiento a todas las Comunidades Autónomas de poderes de naturaleza legislativa puede apoyarse en el texto de la Constitución [...] en el hecho de que el artículo 66.2 CE, al afirmar que las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa, ni prejuzga ni excluye que haya otros entes públicos territoriales que puedan ejercerla igualmente en el ámbito material de su competencia”.

- 3) En tercer lugar, debemos señalar que no han faltado voces en la doctrina que han defendido que la puesta en cuestión de nuestro modelo centralizado de justicia constitucional deriva de la propia previsión del principio de prevalencia recogido en el artículo 149.3 CE, como recoge T. De la Quadra-Salcedo Janini, citando en este punto a García Torres como defensor de que “el control difuso podría concurrir en ciertos casos con el control concentrado del Tribunal Constitucional”⁸⁴.

Lo que nos lleva a plantearnos cómo se puede articular este cambio:

- 2) *¿Estamos ante una mutación constitucional?*

Lo expuesto nos lleva a preguntarnos si este cambio podríamos articularse como una mutación constitucional⁸⁵.

Sin duda alguna, al lector, este planteamiento le puede parecer arriesgado, dado que no han pasado ni diez años desde que tuvo lugar este cambio jurisprudencial. No obstante, no podemos olvidar que, en los últimos años, son varios los pronunciamientos⁸⁶ del Tribunal Constitucional que nos permiten afirmar que parece que la doctrina de la prevalencia está consolidada. Quedaría por ver si el ámbito material de este cambio de paradigma se amplía a otros conflictos normativos en un futuro.

⁸⁴ DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T. “La reanimación de la prevalencia. ¿una grieta... *Op. cit.*”

⁸⁵ En este mismo sentido se han pronunciado otros autores como S. Muñoz Machado, tal y como recuerda Marcos Marco Abato en MARCO ABATO, M. (2017). “Una reflexión sobre la primacía del Derecho europeo, la aplicación judicial de la norma y la producción legislativa”. *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, n.º 29, pp. 75-127. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=6275513>

⁸⁶ Además de las ya citadas sentencias 102/2016, de 25 de mayo y 204/2016, de 1 de diciembre encontramos las siguientes sentencias: 116/2016, de 20 de junio; 127/2016, de 7 de julio; 1/2017 de 16 de enero; 76/2022, de 15 de junio, y el auto 27/2019 de 9 de abril.

En cualquier caso, y volviendo al tema que nos ocupa, como es bien sabido, y de acuerdo con la doctrina clásica con autores como Konrad Hesse, las mutaciones constitucionales pueden definirse como todas aquellas modificaciones del contenido de la Constitución que no van acompañadas de una modificación del texto de la misma. No es este el lugar para hablar de las mutaciones constitucionales, pero baste señalar que la doctrina, con autores como P. De Vega García, siguiendo en este punto a otros autores como H. Dau-Lin, señalan que las mutaciones constitucionales pueden clasificarse en los siguientes tipos:

- i. “Mutaciones debidas a prácticas políticas que no se oponen formalmente en la Constitución escrita, y para cuya regulación no existe ninguna norma constitucional.
- ii. Mutaciones debidas a prácticas políticas en oposición abierta a preceptos de la Constitución. En ellas la contraposición entre realidad política realidad jurídica es evidente, dando lugar a que la fuerza de los hechos se imponga a la fuerza coercitiva de las normas.
- iii. Mutaciones producidas por la imposibilidad del ejercicio, o por desuso, de las competencias y atribuciones establecidas en la Constitución.
- iv. Y mutaciones producidas a través de la interpretación de los términos de la Constitución, de tal modo que los preceptos obtienen un contenido distinto de aquel en que inicialmente fueron pensados”.

De acuerdo con esta clasificación, podríamos intentar encuadrar esta mutación constitucional como una mutación producida a través de la interpretación de los términos de la Constitución. Es decir, podríamos entenderlo como una manifestación de la interpretación evolutiva de la Constitución.

Para abordar esta cuestión podemos traer a colación el voto particular del Magistrado Manuel Aragón Reyes respecto de la Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, donde el magistrado del Tribunal Constitucional vino a señalar que “la llamada interpretación evolutiva, consiste en adaptar el sentido de las prescripciones constitucionales a las nuevas realidades que los tiempos deparan”. En este caso, continúa señalando el voto particular, “[...] el intérprete debe adaptar el sentido de la Constitución, pero con un límite claro: el respeto al tenor literal de la propia norma (tenor literal, insisto, que es completo en sí mismo), de manera que sólo son posibles nuevas interpretaciones del precepto si sus términos lingüísticos lo permiten. Mediante la interpretación evolutiva no puede hacersele decir a la norma lo contrario de lo que dice, pues entonces no se interpreta la Constitución, sino que se cambia, eludiéndose el específico procedimiento de reforma que la Constitución ha previsto para ello. [...]. Como bien se ha dicho en frase autorizada y respetada, “la Constitución no es una hoja en blanco que pueda reescribir el legislador a su capricho”, y ha de añadirse que tampoco es una hoja en blanco que pueda

reescribir, sin límites, su supremo intérprete. La realidad social puede conducir a que se vuelvan obsoletas algunas previsiones constitucionales, o a que se manifieste la necesidad de cambio de las mismas, pero para ello está prevista la reforma constitucional. La Constitución, pues, impone límites al legislador (si no, no sería Constitución), pero también impone límites al Tribunal Constitucional, que ha de respetar la rigidez de las normas constitucionales por la sencilla razón de que el Tribunal no puede ser nunca una especie de poder constituyente permanente. Si lo fuera, sencillamente, se quebrantaría el concepto mismo de Constitución”.

Pocas glosas se pueden hacer a este fragmento del voto particular del Magistrado M. Aragón Reyes que acabamos reproducir, pues el hecho de que la Constitución no recoja que exclusivamente corresponde al Tribunal Constitucional conocer de los recursos de inconstitucionalidad permitiría a éste señalar que en determinados supuestos los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria pueden actuar como órganos de la jurisdicción constitucional, no solo llevando a cabo el juicio positivo de validez, si no el negativo, que hasta ahora en nuestro sistema de jurisdicción concentrada este juicio correspondía solo al Tribunal Constitucional.

Ello sin perjuicio de la reforma a la que tendría que someterse el artículo 1.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, nuestras inquietudes no acaban aquí, hemos visto que es posible el cambio de una jurisdicción concentrada a una jurisdicción difusa, también hemos visto que es posible que este cambio se articule como una mutación constitucional resultado de una interpretación evolutiva de la Constitución, es decir, hemos analizado este cambio de paradigma desde el punto de vista de la legalidad, pero nos queda hacerlo desde el punto de vista de la legitimidad.

En este punto decía N. Bobbio⁸⁷ que “un poder puede considerarse legítimo cuando quien lo detenta, lo ejerce con justo título, y el poder es ejercido con justo título solo en la medida en que quien lo ejerce está autorizado por una norma o un conjunto de normas generales que establecen en una determinada comunidad quien tiene el derecho de mandar y quienes tienen, y en qué circunstancias, la obligación de obediencia.” Como es bien sabido la Constitución es obra de un super poder, como dice O. Alzaga Villaamil, del poder constituyente. Por su parte, P. De Vega García⁸⁸ decía que, “dado que la actuación del poder constituyente termina con la aprobación de la Constitución, la única manera imaginable de perpetuar la legitimidad democrática en el funcionamiento normal del sistema, no puede ser otra que la de transformar el principio político de soberanía popular en la fórmula jurídica de la supremacía constitucional. La soberanía política se convertirá así en soberanía jurídica”. En

⁸⁷ BOBBIO, N. (2009). *Teoría General de la Política*. Madrid: Trotta, p. 784.

⁸⁸ DEVEGA GARCÍA, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, p. 312.

este esquema, el poder de reforma de la Constitución es definido por la doctrina como un poder constituyente-constituido. Lo que nos lleva a preguntarnos si este cambio, por las implicaciones trascendentes que conllevan tendría que llevarse a cabo de acuerdo con los mecanismos de reformar o puede acometerlo el Tribunal Constitucional, por la vía de sus sentencias actuando no ya como legislador negativo sino como legislador positivo.

Lo que nos lleva a planteamos una última cuestión, a saber ¿se han cumplido los peores augurios de Carl Schmitt? es decir, ¿se ha convertido el Tribunal Constitucional en el dueño y señor de la Constitución?

3. *¿El Tribunal Constitucional, dueño y señor de la Constitución? Reminiscencia de la teoría de Carl Schmitt*

Como recoge R. Jiménez Asensio⁸⁹, la discrepancia radical de Carl Schmitt respecto de la teoría expuesta por Hans Kelsen residía en el hecho de que para el autor alemán ningún tribunal de justicia podía ser el guardián de la Constitución, pues el protector “fácilmente se convierte en árbitro y señor de la Constitución”. Continúa señalando el autor mencionado que, para Schmitt, ese guardián de la Constitución concentraría el control y, además, devendría en un organismo que resultaría políticamente fácil de captar y de influir.

De ahí que Carl Schmitt defendiera que el guardián de la Constitución no podía ser un órgano *ad hoc*, sino en el Jefe del Estado.

En realidad, y como es bien sabido, esta discusión clásica entre Hans Kelsen y Carl Schmitt encerraba dos formas diferentes, paradójicamente antagónicas, de lo que debía ser la Constitución e incluso el Estado⁹⁰.

En cualquier caso, la experiencia fallida de la Constitución de Weimar de 1919 y los horrores de la Segunda Guerra Mundial nos enseñaron que no era suficiente con declarar la garantía de los derechos y la separación de poderes en las Constituciones, como decía el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, sino que además era necesario prever mecanismo para garantizar el cumplimiento de las misma, naciendo así las ideas de suprelegalidad material y formal.

Ahora bien, y como recuerda Alessandro Pizzorusso⁹¹, citando a Constantino Mortati, “poco después de entrar en vigor de la Constitución de 1947, la razones que indujeron los constituyentes italianos a introducir el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, consistía en el propósito de disponer de obstáculos al resurgimiento de gobiernos tiránicos, como el fascista, y en la necesidad

⁸⁹ JIMÉNEZ ASENSIO, R. *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos...* op. cit.

⁹⁰ GARCÍA, E. (ed.) (2020). *Carl Schmitt y Hans Kelsen. La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, p. 410.

⁹¹ PIZZORUSSO, A. (1999) “La justicia Constitucional en Italia”. UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 4, 2.º, pp. 151-177. <https://doi.org/10.5944/trc.4.1999.6485>

de encontrar un órgano regulador de los conflictos derivados de la nueva estructura regional atribuida al Estado”. Sin embargo, y como continua el autor italiano “en los años de vida de la Corte Constitucional Italiana no ha tenido grandes ocasiones de comprobar retornos autoritarios, y su labor se ha centrado más en la resolución de los conflictos entre Estado y las regiones”.

Estas observaciones podrían ser también de aplicación para nuestro Tribunal Constitucional, pues en los últimos tiempos una de sus principales funciones ha sido dirimir los conflictos que han ido surgiendo entre el Estado y las Comunidades Autónomas (baste recordar la pléyade de sentencias a las que ha dado lugar la llamada cuestión catalana), de ahí que algunos autores hayan hablado del “Estado Jurisprudencial Autonómico”. No obstante, no podemos olvidar que en estos conflictos lo que se trata de garantizar es la separación de poderes desde un punto de vista horizontal, en suma, uno de los principios básicos de nuestro Estado social y democrático de Derecho, y es que como decía Elías Díaz, “no todo Estado es Estado de Derecho”⁹².

Con esto lo que queremos decir es que si bien es cierto que hoy los problemas a los que tiene que hacer frente el Tribunal Constitucional, en su papel de garante de la Constitución, no son los mismos que cuando surge el neoconstitucionalismo en Europa (momento a partir del cual resucita la justicia constitucional) el Tribunal Constitucional nunca puede perder de vista que es un órgano que se encarga de garantizar el cumplimiento de la Constitución y la adecuación de las leyes a la misma, y no es una manifestación del poder constituyente, ni del poder constituyente-constituido, pues, tal y como decía F. Tomás y Valiente “nadie puede decirle al Tribunal Constitucional cuáles son sus límites, lo cual no significa que no los tenga, sino que éstos son los que la Constitución dice que son, en unos términos cuyo sentido establece el propio Tribunal como intérprete supremo”.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R. (2020). “El Control de Convencionalidad: cinco interrogantes”. *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 119, pp. 13-51. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.119.01>
- ALONSO MAS, M.ª J. (2017). “De nuevo sobre la prevalencia del derecho estatal y la inaplicación judicial del derecho autonómico”. *Revista de Administración Pública*, n.º 203: mayo-agosto, pp. 235-265. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.203.08>
- ÁLVAREZ CONDE, E.
- (2007). *Reforma Constitucional y Reforma estatutario*. Madrid: IUSTEL.
 - (2019). *Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, p. 99.

⁹² DÍAZ, E. (2010). *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid: Taurus, p. 208.

- ÁLVAREZ CONDE, E., GARCÍA-MONCÓ, A., y TUR AUSINA, R. (2013). *Derecho Autonómico*. Madrid: Tecnos.
- ALZAGA VILLAAMIL, O. (2021). *Derecho político español según la Constitución de 1978. Tomo I. Constitución y fuentes del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 694.
- ARAGÓN REYES, M. (dir.). (2011). *Constitución Estado Constitucional, partidos y elecciones y fuentes del Derecho* Temas básicos de Derecho Constitucional. Tomo I. Madrid: Aranzadi, p. 458.
- ARAGÓN REYES, M. (2013). *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 985.
- BADÍA, J. F. (1986). *El Estado unitario, el Estado Federal y el Estado Autonómico*. Madrid: Tecnos, p. 392.
- BOBBIO, N. (2009). *Teoría General de la Política*. Madrid: Trotta, p. 784.
- DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T. (2017) “La reanimación de la prevalencia. ¿una grieta abierta en nuestro modelo centralizado de justicia constitucional?” *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 111, p. 34. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.111.10>
- DE OTTO Y PARDO, I.
- (1981) “La prevalencia del Derecho Estatal sobre el Derecho Regional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Vol. I. Núm. 2, mayo-agosto 1981.
 - (1988). “Derecho Constitucional. Sistema de fuentes”. *Revista española de derecho constitucional*, n.º 8, N.º 23, pp. 305-322.
 - (2014). *Obras completas*. Oviedo: Universidad de Oviedo, p. 1569.
- DE VEGA GARCÍA, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, p. 312.
- DÍAZ, E. (2010). *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid: Taurus, p. 208.
- DÍEZ PICAZO, L. M. (2020). *Ordenamiento Constitucional Español*. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 489.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2006). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, p. 325.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. (2022). *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Editorial Civitas, p. 876.
- GARCÍA MORILLO, J., et al. (2018). *Derecho Constitucional Volumen I*. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 454.
- GARCÍA, E. (ed.) (2020). *Carl Schmitt y Hans Kelsen. La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, p. 410.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (2018) *Constitucionalismo multinivel. Derechos Fundamentales*. Madrid. Editorial. Sanz y Torres.
- IBÁÑEZ BUIL, P. (2023). “La reciente evolución de la regla de la prevalencia del Derecho Estatal en la doctrina Constitucional”. *Revista de Administración Pública*, 220, 219-249. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.220.08>

- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2005). *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, p. 222.
- LASAGABASTER HERRARTE, I. (2019). *El principio de primacía en la Constitución de 1978*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 152.
- MARCO ABATO, M. (2017). “Una reflexión sobre la primacía del Derecho europeo, la aplicación judicial de la norma y la producción legislativa”. *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, n.º 29, pp. 75-127. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=6275513>
- MUÑOZ MACHADO, S. “Derecho Público de las Comunidades Autónomas”. Volumen I. Edición 2.º. Editorial IUSTEL 2007.
- NÚÑEZ PÉREZ, M. (2018). “Título VII. Economía y Hacienda. Artículo 136”, RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.ª E. (dir.). *Comentarios a la Constitución Española Tomo II*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, BOE: Tribunal Constitucional (España): Wolters Kluwer: Ministerio de Justicia (España), p. 1720.
- PÉREZ LUÑO, A.E. (2021). *Teoría del Derecho*. Madrid: Tecnos, p. 282.
- PÉREZ ROYO, J. (2007). *Las fuentes del Derecho*. Madrid: Tecnos, p. 232.
- PÉREZ ROYO, J. (2016). *Curso de Derecho Constitucional*. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 894.
- PIZORRUSSO, A. (1999) “La justicia Constitucional en Italia”. UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 4, 2.º, pp. 151-177. <https://doi.org/10.5944/trc.4.1999.6485>
- PRIETO SANCHÍS, L. (2016). *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta, p. 336.
- RAZQUIN LIZARRAGA, J. A. (2017). “El Tribunal Constitucional cambia su doctrina sobre la cláusula de prevalencia: posible inaplicación judicial de la ley autonómica en caso de colisión sobrevenida con la legislación básica estatal posterior. A propósito de las SSTC 102 y 204/2016”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 4, pp. 109-121.
- ROMANO, S. (2012). *El ordenamiento jurídico*. Madrid: Editorial Reus, p. 302.
- RUIZ LÓPEZ, M.A. (2013). “La cláusula de prevalencia del Derecho estatal y la colisión entre jurisdicciones”. *Revista de Administración Pública*, n.º 192: septiembre-diciembre, pp. 137-178. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=4534820>
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1982). *Apuntes de Derecho Administrativo*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, p. 192.
- SEGURA ORTEGA, M. (1998). *Manual de Teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, p. 288.
- SETUÁIN MENDÍA, B. (2018). “El ámbito de operatividad del principio de prevalencia: algunas certezas, riesgos inevitables y muchas dudas. (A propósito de la doctrina derivada de la serie jurisprudencial iniciada por la STC 102/2016, de 26 de mayo)”. *Revista General de Derecho Administrativo*, N.º 47, p. 37.

TENORIO SÁNCHEZ, P. (2022) “Relación entre Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional. Autocontención del Tribunal Constitucional”. *Teoría y realidad constitucional*, n.º 50, pp. 291-324. <https://doi.org/10.5944/trc.50.2022.36375>