



30 de marzo de 2023

EP2.8-23

Encuentros en el Espacio Público. Hablemos de instituciones

**Pluralismo legal.
Coordinación de jurisdicciones**

Santiago Soldevilla Fragoso

Encuentros en el Espacio Público. Hablemos de instituciones

Octavo encuentro. Pluralismo legal. Coordinación de jurisdicciones

30 de marzo de 2023

Coordinador

Betancor, Andrés

Catedrático de Derecho Administrativo

Ponente

Soldevilla Fragoso, Santiago

Magistrado de la Audiencia Nacional

Diálogo. Participantes invitados

Albella Amigo, Sebastián

Ex presidente de la CNMV

Álvarez-Sala, Juan

Notario

Álvarez Vélez, Maribel

Facultad de Derecho-ICADE

Aragón, Manuel

Ex magistrado del Tribunal Constitucional

Arruñada, Benito

Universidad Pompeu Fabra, BSE y FEDEA

Astarloa, Ignacio

Huarte-Mendicoa Letrado de Cortes

Carlón, Matilde

Catedrática de Derecho Administrativo

Conthe, Manuel

TCEE; ex presidente de la CNMV

Cuenca Miranda, Alfonso

Letrado de Cortes

de Carreras, Francesc

Catedrático de Derecho Constitucional

de la Fuente, María José

Ex presidenta del Tribunal de Cuentas

de Montalvo, Federico

Facultad de Derecho-ICADE

Delgado, Irene

Catedrática de Ciencia Política

del Saz, Silvia

Catedrática de Derecho Administrativo

Desdentado, Eva

Catedrática de Derecho Administrativo

Fernández Farreres, Germán

Catedrático de Derecho Administrativo

García de Enterría, Javier	Catedrático de Derecho Mercantil
García-Manzano Jiménez de Andrade, Pablo	Letrado del Consejo de Estado
García, Eloy	Catedrático de Derecho Constitucional
Irurzun, Fernando	Abogado del Estado
Jiménez Blanco, Antonio	Catedrático de Derecho Administrativo
Lavilla, Juan José	Letrado de Cortes
López Martín, Ana Gemma	Catedrática de Derecho Internacional Público
Madrigal, Consuelo	Exfiscal General del Estado
Mestre, Juan	Catedrático de Derecho Administrativo
Montes Gan, Vicente J.	Director de la Fundación Rafael del Pino
Mora-Sanguinetti, Juan	Economista senior e investigador del Banco de España
Muñoz Machado, Santiago	Catedrático de Derecho Administrativo Director de la Real Academia Española
Pérez de los Cobos, Francisco	Catedrático de Derecho del Trabajo UCM
Petitbò, Amadeo	Ex presidente Tribunal de Defensa de la Competencia
Roca Trías, Encarnación	Ex vicepresidenta del Tribunal Constitucional
Rodríguez Zapata, Jorge	Ex magistrado del Tribunal Supremo y Constitucional
Rojo, Ángel	Catedrático de Derecho Mercantil
Solozábal, Juan José	Catedrático de Derecho Constitucional
Tuero, Manuel	Administración Civil del Estado
Vidal, Carlos	Catedrático de Derecho Constitucional

Octava ponencia.

Pluralismo legal. Coordinación de jurisdicciones

Santiago Soldevilla Frago

Magistrado de la Audiencia Nacional

La situación de Europa es justamente la contraria a la que Alexis de Tocqueville¹ ponderó de Estados Unidos como forja de una gran nación: un espacio territorial limitado en el que, aunque conservando importantes principios comunes, se superponen diferentes y ancestrales culturas, en muchas ocasiones enfrentadas, que, con un alto grado de desarrollo, proyectan sus coincidencias y desencuentros en sus principios organizativos y, en la medida en que nos afecta, en sus sistemas jurídicos. El pluralismo es pues, con su riqueza y dificultad, un elemento inherente a la construcción europea y así lo señala el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE).

En este contexto debe destacarse la coexistencia de los Estados nacionales, titulares de la soberanía, dotados de Constituciones propias que como normas supremas internas son interpretadas por sus tribunales ordinarios y constitucionales, junto con las dos organizaciones internacionales en las que se integran dichos Estados y que obedecen a principios organizativos y finalidades distintas:

Por una parte, el **intergubernamental** Consejo de Europa focalizado en la defensa de los derechos fundamentales y la democracia como sistema político, que tiene al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio), como el instrumento de mayor penetración y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como supremo intérprete del mismo.

Por otra parte, el proyecto **federal no culminado** de la Unión Europea, que, centrándose inicialmente en la consecución de un cohesionado y potente mercado interior, ha asumido plenamente los valores y objetivos del Consejo de Europa y de manera progresiva un importante aumento general de sus competencias a costa de los Estados respectivos. El Tribunal de Justicia (TJUE) opera como supremo intérprete del Derecho de la Unión.

A todo esto, debe añadirse la fallida iniciativa de cumplir con el mandato impuesto por el artículo 6.2 del TUE que impone a la Unión su adhesión al Consejo de Europa. Este intento fallido, debido esencialmente al adverso dictamen 2/2013 de 18 de enero de 2014 del Tribunal de Justicia, aumenta el grado de complejidad e indefinición en la protección de los derechos en el ámbito europeo.

Este entramado ha generado **tensiones entre los distintos tribunales implicados, celosos de su condición de “supremos”, que en mi opinión son el reflejo de un paradójico debate que, en principio, debe resolverse a favor el Tribunal de Justicia.**

En efecto, si bien desde un punto de vista formal los altos tribunales nacionales de los Estados miembros soberanos son los llamados a definir, por esa misma razón, el contenido de los derechos y a garantizar el mantenimiento de su orden constitucional interno, desde un punto de vista material es el **Tribunal de Justicia el que se impone a todos ellos mediante la aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión.** Dicho principio garantiza la existencia de una organización europea cohesionada, condición indispensable para ser tratada como un actor respetado en el concierto internacional. Otra cosa es la crítica que puedan formularse a la manera y tiempos en las que se desarrolla la concreta actuación del Tribunal de Justicia.

La paradoja se consuma cuando los Estados miembros mantienen el principio de primacía sin cuestionarlo legislativamente y, al mismo tiempo, algunos de ellos alientan la resistencia de sus tribunales nacionales frente a la “colonización” por el Tribunal de Justicia.

A esta complejidad se añade el lenguaje empleado generalmente por los operadores jurídicos, que hablan de “legislación multinivel” para referirse a la coexistencia de ordenamientos jurídicos diferenciados y también del “diálogo de tribunales” concepto esbozado en 1978 por el comisario de gobierno francés Bruno Genevois, para referirse en realidad a la cooperación leal que es exigible entre los órganos judiciales implicados.

1. Alexis de Tocqueville en el primer capítulo de su libro “La democracia en América” subrayó, en relación con América del Norte, la importancia de su impresionante geografía junto con sus enormes riquezas naturales desaprovechadas por una salvaje población indígena, como factor determinante para la forja de una gran nación. Esta gran nación se cimentó, añade, sobre unos fundamentos nuevos, producto de las revoluciones europeas, que los colonos implantaron en América, sin haber padecido revolución interna alguna.

Particularmente abogo por el uso de la versión menos ampulosa de “cooperación leal”, vigente desde el Tratado CECA y en la actualidad mencionada en el artículo 4.3 del TUE, como técnica de integración del “pluralismo legislativo”, concepto doctrinal acuñado por Neil MacCormick en 1999, que refleja de manera objetiva el solapamiento de los tres órdenes jurídicos mencionados.

I. SOBRE EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA

Mediante el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, dicha organización garantiza la autonomía de su ordenamiento jurídico o lo que es lo mismo su propia supervivencia. Se trata pues de un principio irrenunciable para la Unión Europea.

La consecuencia inmediata de su aplicación es el **desplazamiento de cualquier norma, práctica o jurisprudencia nacional, sea cual sea su rango, incluso constitucional, que impida la plena y uniforme aplicación del Derecho de la Unión, tal y como lo interpreta el Tribunal de Justicia.**

Ciertamente este principio básico y estructural no figura expresamente reconocido en los Tratados y su formulación se debe a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia iniciada con la sentencia de 15 de julio de 1964 asunto Costa Enel, que se apoyó para ello en la fuerza obligatoria de los Reglamentos. Este principio junto con el de efecto directo de los Tratados instaurado por la sentencia de 5 de febrero de 1963, asunto Van Gend en Loos 26/62, han permitido la creación de un nuevo orden legal internacional, que, en principio, ni reemplaza, ni absorbe el orden legal de los Estados miembros, limitándose a estructura del Estado-Nación². El TJUE se muestra muy contundente en su defensa, recordando que aquellos Estados que no compartan el ordenamiento jurídico de la Unión son libres para abandonarla (sentencia de 10 de noviembre de 2018, asunto Wightman C-621/18, apartados 62 y 63).

II. EL CONFLICTO CON LOS ALTOS TRIBUNALES NACIONALES.

El Derecho de la Unión sólo puede hacerse efectivo en los Estados miembros por medio de la colaboración con sus tribunales nacionales, que son los que lo aplican. Si bien la pacífica aplicación de la jurisprudencia del TJUE puede calificarse como la práctica habitual, no puede obviarse la **existencia de zonas de fricción entre los tribunales nacionales de los Estados soberanos, tanto ordinarios como constitucionales y el TJUE, como consecuencia de la aplicación por éste del principio de primacía que va en correlativo aumento con el incremento de competencias de la Unión.**

La controversia inicial auspiciada por el Tribunal Constitucional Alemán en la Sentencia de 29 de mayo de 1974 Solange I, sobre el deficitario tratamiento de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia está conceptualmente superada, sin perjuicio de discrepancias concretas en la interpretación de los derechos fundamentales. Ello se debe, esencialmente, a la asunción por el TJUE de lo reclamado por dicho Tribunal y, fundamentalmente, por la entrada en vigor de la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la Carta) el 1 de diciembre de 2009. El mismo Tribunal plantea, desde la firma del Tratado de Maastricht, un nuevo desencuentro debido a los eventuales excesos competenciales del TJUE al interpretar el Derecho de la Unión. Frente a ello se argumenta que, siendo la ratificación de los Tratados un acto de Derecho Nacional corresponde a los tribunales nacionales verificar los excesos ultra vires que pueda cometer el TJUE (Sentencias de 12 de octubre de 1993 Maastricht, de 30 de junio de 2009 Lisboa, de 6 de julio de 2010 Honeywell y de 5 de mayo de 2020 PSPP).

En todo caso, el artículo 4.2 del TUE opera como un contrapeso al principio de primacía, al **exigir a la Unión el respeto a la identidad nacional de los Estados**, inherente a sus estructuras fundamentales políticas y constitucionales. La dificultad estriba en dotar de contenido al concepto “identidad nacional”, sin olvidar que se trata de un concepto autónomo de la Unión cuya interpretación final corresponde al TJUE, ciertamente en colaboración con los tribunales

2. No obstante, la crítica de la falta de reconocimiento en los Tratados del principio de primacía cede ante los siguientes argumentos: formulado en 1964, en ningún momento los Estados miembros han impulsado una reforma de los Tratados para suprimirlo o limitarlo. Al contrario, el artículo 19 del TUE confiere a los Tribunales de la Unión Europea la obligación de garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados. Más recientemente la declaración n° 17 adjunta al Tratado de Lisboa avala plenamente la aplicación de este principio, en plena coherencia con la progresiva asunción de competencias por parte de la Unión. Para mayor claridad, los Estados miembros han instaurado el recurso de incumplimiento que permite al TJUE imponer elevadas sanciones al Estado infractor, incluso cuando la infracción deriva de la jurisprudencia de sus tribunales (sentencia de 12 de noviembre de 2009, asunto Comisión contra España C-154/08).

nacionales mediante el procedimiento de la cuestión prejudicial.

Por otra parte, y en la misma línea limitativa del principio de primacía hay que destacar las reiteradas apelaciones del TJUE, singularmente sus artículos 6 y 51.1, al respeto estricto del **principio de subsidiariedad** y a la **atribución de competencias** de acuerdo con los Tratados.

1. PODER JUDICIAL ESPAÑOL Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA.

Contrariamente a lo que se ha afirmado, **España ha sido uno de los países que con mayor rapidez asumió su posición de colaborador con el TJUE en la aplicación del Derecho Europeo**, pues la primera cuestión prejudicial española fue planteada por el Tribunal Central de Trabajo el 21 de marzo de 1986, es decir antes de los tres meses de ingresar en las Comunidades Europeas, dando lugar a la sentencia de 29 de septiembre de 1987, asunto Giménez Zaera C- 126/86³.

Los órganos judiciales de primera instancia, especialmente en las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa, se muestran en la actualidad **especialmente activos en el planteamiento de cuestiones prejudiciales fruto de una mayor formación en Derecho Europeo de los jueces**, materia que durante décadas fue tratada como un asunto marginal por el Consejo General del Poder judicial. Por el contrario, **en el Tribunal Supremo (TS) la recepción del Derecho Europeo no ha tenido la misma intensidad que en los tribunales inferiores**⁴.

Resulta indudable que **la pertenencia a la Unión Europea ha supuesto un cambio sustancial en la posición y función del TS, pues la progresiva aparición de normativa europea interpretada por el TJUE le impone una doble carga que desnaturaliza su función tradicional como tribunal de última instancia**. Por una parte, está obligado a garantizar la aplicación de la jurisprudencia del TJUE y con ello servir de referencia a los tribunales inferiores. Por otra parte, con mayor responsabilidad que los jueces inferiores, debe velar por la defensa del principio de identidad nacional y por el estándar mínimo de

protección de los derechos fundamentales, cuando se enfrente a una jurisprudencia del TJUE lesiva del mismo desde la óptica nacional.

No se conocen interpelaciones del TS al TJUE en el sentido indicado y, antes, al contrario, se observa una agria polémica con las **jurisdicciones inferiores que eluden la aplicación de la jurisprudencia del TS mediante el planteamiento de cuestiones prejudiciales que en muy buena medida encuentran acogida favorable en el TJUE**. Esta situación provoca una sensación de **desautorización y de falta de legitimidad del TS altamente preocupante**.

Destacados magistrados del TS reclaman la posibilidad de intervenir en el procedimiento de cuestión prejudicial planteado por un juez de rango inferior, a los efectos de ilustrar al TJUE sobre los aspectos nacionales de la cuestión debatida. No es posible tal medida sin desnaturalizar el procedimiento de cuestión prejudicial, que se concibe como un instrumento de cooperación entre el juez proponente de la misma y el TJUE, cuya misión es la de proporcionar al juez proponente una respuesta útil que versa exclusivamente sobre la interpretación del Derecho de la Unión aplicable en ese caso concreto⁵.

2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

El Tribunal Constitucional (TC) tiene asignada por la Constitución la posición de mayor rango, tanto para la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales, como para la concreción de lo que debe entenderse por la expresión del artículo 4.2 del TUE “identidad nacional inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los Estados”. Por ello su relación con el TJUE es singular y en todo caso necesaria, descartando el “autismo constitucional” inicial.

Existe un cierto consenso en afirmar que, tras la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y la progresiva asunción de competencias por la Unión Europea, se ha producido una auténtica mutación constitucional que, en realidad, **ha privado al TC de su condición de supremo intérprete de la Constitución, pues la misma queda mediatizada por la intervención del TJUE cuando interpreta el**

3. Este fulgurante inicio fue seguido por cuestiones planteadas inmediatamente después por las Audiencias Territoriales de Valencia, Las Palmas de Gran Canaria y Burgos.

4. Resulta muy llamativo que en el ámbito contencioso-administrativo no planteara la primera cuestión prejudicial hasta enero de 2010 (Auto de 25 de enero de 2010), y que resolviera numerosas cuestiones de Derecho Europeo mediante la aplicación de la doctrina del “acto claro”, sin seguir los criterios de la jurisprudencia Cifit, fenómeno incluso reciente.

5. De acuerdo con su normativa interna, el TJUE estaría obligado a transmitir al juez proponente las eventuales alegaciones del TS, con lo que se vulneraría el artículo 12 de la LOPJ que impide a los tribunales de rango superior pronunciarse anticipadamente sobre un asunto pendiente de resolver por un órgano inferior. En el mismo sentido se ha pronunciado el Comité de Venecia en su Informe sobre la independencia judicial (12 marzo 2010).

Derecho de la Unión cada vez más unido al Derecho Nacional.

La única vía legal para que el TC pueda hacer valer sus puntos de vista ante el TJUE es el planteamiento de cuestiones prejudiciales, pero al hacerlo el TC debe asumir que queda vinculado por la respuesta del TJUE.

La imposibilidad de comparecer ante el TJUE en las cuestiones prejudiciales planteadas por los jueces nacionales puede obligar al TC a intervenir a posteriormente y con ocasión de otro procedimiento.

A este respecto debe subrayarse que las sentencias en materia de cuestiones prejudiciales no tienen efecto de cosa juzgada, por lo que el TC puede someter al TJUE la reconsideración de una sentencia dictada ante una petición de un juez nacional ordinario. El TJUE tiene el criterio de admitir las peticiones de reconsideración de su jurisprudencia cuando existan dificultades para la interpretación de sus sentencias, se ofrezcan nuevos argumentos, se plantee una cuestión nueva o se trate de revisar una jurisprudencia antigua⁶.

No obstante, la complejidad y trascendencia de la concreción del principio de identidad nacional y la inevitable vis expansiva inherente a la interpretación de los derechos reconocidos por la Carta, aconsejan que el TJUE extreme la prudencia y evite soluciones radicales, buscando fórmulas de integración⁷.

La contención del TJUE y la cooperación leal del TC es la fórmula adecuada pues para limar los eventuales conflictos. En este sentido resulta particularmente relevante que el TC asuma con normalidad el uso de la cuestión prejudicial, superando los desencuentros recíprocos causados por la sentencia Melloni. **Es exigible al TJUE que realice desarrollos más profundos y menos rígidos de cuestiones fundamentales** como las que le fueron planteadas en ese caso, mientras que el TC debe entender que **la consecuencia natural del planteamiento de la cuestión prejudicial es asumir la resolución del TJUE.** Un desencuentro sistemático

en este punto, por más que pueda llegar a justificarse en el caso de los excesos ultra vires, conduce a la indeseable consecuencia apuntada en la sentencia Wightman, es decir, a la salida de la Unión.

IV. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

Aunque la consumación de la adhesión de la UE al Convenio es reclamada de manera abrumadora por la doctrina, la misma sigue despertando recelos en el TJUE en la medida en que **pueda suponer que el TEDH materialmente fije la interpretación del Derecho de la UE.** A ello se añade la escasa confianza que despierta la intervención de jueces de Estados con dudosa credibilidad democrática, 18 de ellos ajenos a la Unión Europea, que pueden incluso enjuiciar los Tratados, lo que no puede hacer el TJUE.

Ciertamente la falta de adhesión de la UE al Convenio supone un relativo incumplimiento del artículo 6 del TUE, en la medida en que dicho artículo no fija fecha para el acatamiento de dicho mandato. Sin embargo, esa omisión paradójicamente produce justamente los efectos que el TJUE quiso evitar con su dictamen 2/2013, esto es, que el **TEDH se pronuncie sobre el ajuste del Derecho de la Unión al Convenio sin un previo pronunciamiento del TJUE**⁸.

En todo caso se trata de un mandato que debe cumplirse y cerrar de ese modo las relaciones entre el TEDH y el TJUE. A la espera de tal decisión, los artículos 52.3 y 53 de la Carta operan como mecanismo de relación entre ambos Tribunales, **garantizando que en el ámbito de la Unión el estándar de protección que será, como mínimo, el del Convenio.** Sin embargo, las sentencias de 26 de febrero de 2013, asunto Melloni C- 399/11 y Akerberg Fransson C-617/10 imponen de manera taxativa breve y concisa, los efectos del principio de primacía sobre la posibilidad de una protección suplementaria que comprometa la aplicación del Derecho de la Unión.

La rígida posición del TJUE y la respuesta del TC en su STC 26/2014, de 13 de febrero de 2014, ignorando la fuerza vinculante de la sentencia del TJUE, son el

6. Un buen ejemplo de lo expuesto es la sentencia de 5 de diciembre de 2017 asunto M.A.S. C- 42/17, apartados 51 y ss reconsideración sobre el principio de legalidad penal, ante cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional italiano.

7. En este sentido puede citarse la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 2020, asunto Centraal Israëlitisch Consistorie van België, C-336/19, apartados 67 y 68, que inaugura la posibilidad de admitir un margen de apreciación nacional a los efectos de interpretar los derechos fundamentales. Por otra parte, la sentencia de 14 de diciembre de 2021 asunto Pancharevo C-490/20 ofrece una solución de compromiso frente a la invocación del litigante de la libertad de movimientos de los menores de padres homosexuales legalmente casados en un Estado de la Unión distinto del que es nacional el litigante, con la cláusula de orden público de su propio Estado, que no admite uniones de esa naturaleza.

8. La sentencia del TEDH de 18 de febrero de 1999 dictada en el asunto Matthews contra Reino Unido, es un claro ejemplo de ello. Aunque formalmente el procedimiento por la exclusión de Gibraltar en las elecciones al Parlamento Europeo de 1994 se dirigió contra el Reino Unido, lo cierto es que dicho Estado se limitó a aplicar, sin margen de apreciación, la normativa de las entonces Comunidades Europeas. El TEDH analizó dicha normativa y declaró la violación del artículo 3 del Protocolo n° 1.

perfecto ejemplo de un peligroso desencuentro.

Desde otra perspectiva, la posición de juez nacional en relación con el TEDH se ve comprometida en situaciones como la descrita en la sentencia Matthews antes citada, esto es, **cuando aplica una normativa nacional que es el resultado de la transposición de normativa europea sin margen de apreciación y el resultado es una lesión del Convenio**. El TJUE se desentiende de este problema⁹. Lo razonable en esos casos es el planteamiento de una cuestión prejudicial y forzar del TJUE un razonamiento más conciliador.

Finalmente debe destacarse la existencia del Protocolo 16, que la doctrina denomina “el protocolo del diálogo”, que regula la posibilidad de planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TEDH por los Altos Tribunales nacionales. España no ha firmado aún se Tratado por lo que la cuestión carece de relevancia práctica en España.

REFLEXIÓN FINAL

Como reflexión final, tres observaciones: la prudencia en la actuación de las más altas instancias judiciales, el reconocimiento por las mismas de su posición subordinada, aunque vigilante ante el TJUE, unida a una específica e intensa formación en Derecho de la Unión por parte de las autoridades judiciales nacionales, son las vías adecuadas para afrontar con una cierta esperanza los conflictos que cada vez van a ir apareciendo con mayor intensidad.

9. El TJUE se desentiende de este problema, como se indica en el apartado 44 de la sentencia Akerberg Fransson: “el Derecho de la Unión no regula la relación entre el CEDH y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y no establece tampoco las consecuencias que debe deducir un juez nacional en caso de conflicto entre los derechos que garantiza dicho Convenio y una norma de Derecho nacional”.



Encuentros en el Espacio Público
Rafael Calvo, 39
28010 Madrid
Spain

T (+34) 91 396 86 00
info@frdelpino.es
www.frdelpino.es

