

EL JUEZ ESPAÑOL COMO JUEZ DE LA UNIÓN EUROPEA

JUAN ANTONIO MAYORAL DÍAZ-ASENSIO

Investigador doctoral
Instituto Universitario Europeo

DIMITRY BERBEROFF

Magistrado y miembro de la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea
CGPJ

DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS

Magistrado y miembro de la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea
CGPJ

Revista Española de Derecho Europeo 48
Octubre – Diciembre 2013
Págs. 127 - 152

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EXPECTATIVAS DE LA UE SOBRE LA APLICACIÓN DEL DERECHO EUROPEO POR PARTE DE LOS JUECES NACIONALES. II. METODOLOGÍA DE LA ENCUESTA. III. ¿LOS JUECES ESPAÑOLES COMO JUECES EUROPEOS? UN ANÁLISIS EMPÍRICO. *A. Experiencia.* 1. ¿Con qué frecuencia tienen los jueces que decidir sobre derecho europeo?. 2. ¿Quién argumenta la aplicación del derecho europeo? ¿Jueces o litigantes?. *B. Conocimiento.* 1. ¿Qué nivel de conocimiento tienen los jueces del derecho europeo?. 2. ¿Qué fuentes, contactos y redes utilizan los jueces para informarse sobre la aplicación del derecho europeo?. *C. Actitudes hacia el derecho e instituciones europeas y su rol como juez de la unión.* 1. ¿En qué medida los jueces españoles aprueban su rol como jueces de la Unión Europea y los principios rectores del ordenamiento jurídico europeo?. 2. En caso de conflicto doctrinal entre el TJUE y el Tribunal Constitucional, ¿qué harían los jueces?. IV. CONCLUSIÓN.

RESUMEN: Los jueces nacionales deben asegurar la correcta aplicación del derecho de la Unión y deben proteger los derechos individuales que se derivan del conjunto de doctrinas y normas consignadas en los Tratados y desarrolladas e interpretadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En este sentido, el presente estudio trata de esclarecer si actualmente los jueces españoles se han adaptado a las exigencias creadas por el sistema legal de la Unión para la aplicación del derecho europeo. Para comprobar si los jueces españoles han asimilado su condición de jueces europeos, operando como verdaderos agentes del sistema legal de la Unión Europea, este trabajo presenta y discute, a partir de datos obtenidos de los protagonistas, en qué medida están preparados para operar en un sistema legal multinivel y cada vez más europeizado.

PALABRAS CLAVE: Juez nacional, juez europeo, derecho europeo, europeización, conocimiento, experiencia y actitudes, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE.

Fecha recepción original: 8 julio 2013

Fecha aceptación: 29 octubre 2013

ABSTRACT: National courts must ensure the correct application of EU law and should protect the individual rights derived from the set of doctrines and rules contained in the Treaties and developed and interpreted by the Court of Justice of the European Union. In this sense, the present study tries to clarify whether Spanish judges have currently adapted to the demands created by the legal system of the Union for the implementation of European law. To test whether the Spanish judges have assimilated their role as EU judges, operating as true agents of the legal system of the European Union, this article presents and discusses, from data obtained from the protagonists, to what extent they are prepared to function in a multilevel legal system and increasingly Europeanized.

KEYWORDS: Spanish judge, European judge, European law, Europeanization, Knowledge, experience and attitudes, Court of Justice of the European Union, CJEU.

I. INTRODUCCIÓN: EXPECTATIVAS DE LA UE SOBRE LA APLICACIÓN DEL DERECHO EUROPEO POR PARTE DE LOS JUECES NACIONALES¹

Los jueces que ahora mismo ejercen sus funciones en España han desarrollado la práctica totalidad de su carrera en un régimen democrático, bajo la vigencia de la Constitución de 1978 y formando España parte de la Unión Europea (UE). Este dato se verifica crucial por cuanto si, en cierta medida, la Constitución transformó a los jueces ordinarios en jueces constitucionales en el sentido de vincularles a sus dictados en el ejercicio de la función que tienen encomendada, por otro lado, la integración en la Unión Europea dotó a estos mismos jueces de una visión y de unas herramientas hasta el momento inéditas.

En este tiempo de más de 30 años se ha producido un cambio acelerado del juez, que ha adquirido una relevancia social inusitada y que ha tomado una nueva conciencia de su poder como consecuencia de la necesidad de utilizar

1. Los autores agradecen el apoyo institucional de la Red de Expertos de Derecho Europeo del Consejo General del Poder Judicial y de la Escuela Judicial con la encuesta. Quisiéramos reconocer especialmente la inestimable ayuda con el impulso del proyecto de José Miguel García Moreno, Carmen Rodríguez-Medel Nieto, Aida Torres Pérez, Rosa M^a Freire Pérez, Rafael Bustos Gisbert, Montserrat Comas d'Argemir, Carlos Uribe Ubago, Francisco Javier del Burgo Pradillo, Isabel Álvarez Álvarez, Javier Díez Hochleitner e Itziar Gómez Fernández. También agradecemos la labor de los evaluadores de la revista que ha ayudado a mejorar la calidad de este artículo. Los errores y omisiones son de la exclusiva responsabilidad de los autores.

un lenguaje especial de los derechos fundamentales, de interpretar las normas en un contexto de una economía abierta y competitiva, y de ejercer sus funciones en una sociedad democrática.

Del mismo modo, el conjunto de los poderes públicos ha experimentado también una transformación, toda vez que si, tradicionalmente, sus relaciones jurídicas con el derecho europeo se construían, esencialmente, sobre la base del principio de cooperación leal expresado en el art 4.3 TUE (anterior artículo 5 TCE), auténtico marco jurídico de la autonomía institucional, en los últimos tiempos, las administraciones nacionales han dejado ya de considerarse exclusivamente como simples «terminales» o instrumentos de implementación del derecho europeo, experimentando una progresiva transformación, al pasar a desempeñar la función de auténticos catalizadores del orden jurídico europeo. Incluso, los efectos primarios de los principios de autonomía institucional y procesal de los Estados miembros adquieren una nueva significación, desde el momento que dichos principios se subordinan a que no se ponga en peligro la aplicación efectiva del derecho europeo y, más en general, el funcionamiento de la Unión.

Por estos motivos, en cualquier caso ya no podría entenderse a un juez español sin tener en cuenta la dimensión europea. La integración de España en Europa ha significado una renovación sustancial del marco económico, constitucional y legislativo pero también ha afectado a la propia estructura judicial. La actividad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea supone en la práctica la aplicación de unos procedimientos de control de la actividad judicial y de cooperación con los jueces españoles.

Por una parte, las sentencias de los jueces españoles quedan sometidas a la revisión en clave de derechos humanos por el Tribunal de Estrasburgo; pero también la labor judicial española puede erigirse en parámetro jurídico a valorar en un eventual recurso por incumplimiento contra España que debe dilucidar y, en su caso, ejecutar forzosamente el Tribunal de Luxemburgo. Por otra parte, la colaboración de los jueces españoles con el Tribunal de Justicia a través del reenvío prejudicial ha alterado el tradicional esquema jerárquico entre los jueces ordinarios (de instancia, apelación y casación) e incluso las relaciones entre los jueces ordinarios con el Tribunal Constitucional, especialmente a partir de la creciente iusfundamentalización de la interpretación del derecho de la Unión Europea como consecuencia de la inequívoca vigencia desde el 1 de diciembre de 2009 de la Carta de Derechos Fundamentales con el mismo valor jurídico de los Tratados².

2. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 (DO C 364, p. 1), tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo (DO C 303, p. 1), que ha de ser completada con la declaración incorporada por el Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, en el artículo 6 TUE: «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.»

En definitiva, el juez español ha asistido como un protagonista de excepción a la *constitucionalización* del Derecho de la Unión³, fenómeno que se evidencia por la generación directa de derechos –con las correlativas obligaciones– en el patrimonio jurídico de todos los ciudadanos de la Unión, y por la imposibilidad de que las leyes e, incluso, las constituciones de los Estados miembros puedan enervar su primacía y su directa aplicación. Y es aquí cuando emerge la vocación del derecho de la Unión Europea para erigirse en el marco supremo normativo, y la constatación de la dimensión constitucional del Tribunal de Justicia, relativizando la consideración de ley fundamental o «*prima lex*» de las constituciones nacionales⁴.

En este escenario, más concretamente, según el ordenamiento jurídico europeo, los jueces nacionales, como jueces de la Unión Europea⁵, deben asegurar la correcta aplicación del derecho de la Unión y deben proteger los derechos individuales que se derivan de éste. Existe un conjunto de doctrinas y normas consignadas en los Tratados y desarrolladas e interpretadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que enseñan cómo el derecho europeo debe ser aplicado por los jueces nacionales en virtud de la cooperación leal como ocurre con los principios de primacía⁶, de interpretación de la ley nacional en conformidad con el derecho europeo⁷, de aplicación *ex officio* del derecho europeo⁸ o con la facultad u obligación (según los casos, de acuerdo con el artículo 267 TFUE) de remitir cuestiones prejudiciales al TJUE⁹.

La Unión Europea necesita inexorablemente la colaboración de los jueces nacionales para poder cumplir sus funciones y realizar sus objetivos. En efecto, desde la creación de las Comunidades Europeas se ha optado por instaurar un modelo de aplicación preferentemente descentralizada del derecho de la Unión Europea. Por eso resulta tan trascendental la figura de las directivas como instrumentos legislativos europeos por antonomasia¹⁰. En suma, en España parece

3. De lo que tímidamente da cuenta en la sentencia STJ, de 23.4.1986, as. *Les Verts*, (294/83 a 297/83).

4. BERBEROFF AYUDA, D. «La ejecución del Derecho de la Unión por la jurisdicción contencioso administrativa en España», en FERNÁNDEZ LIESA, C., MOREIRO GONZÁLEZ, C., y MENÉNDEZ REXACH, E. (dir.), *Libro Homenaje a Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer*, CGPJ y Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2011.

5. RUIZ-JARABO COLOMER, D. *El juez nacional como juez comunitario*, Civitas, Madrid, 1993. ALONSO GARCÍA, R. *El juez español y el Derecho comunitario. Jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. CIENFUEGOS MATEO, M. «Juez nacional – Tribunal de Justicia: la cuestión prejudicial», en MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, J. y BECERRIL ATIENZA, B. (coord.), *Sistema jurisdiccional de la UE*, tomo 5 de BENEYTO PÉREZ, J. (dir.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 549-624.

6. STJ, de 15.7.1964, as. *Costa v. Ente Nazionale per L'Energia Elettrica (ENEL)* (C-6/64).

7. STJ, de 10.4.1984, as. *Von Colson v. Land Nordrhein-Westfalen* (C-14/83).

8. STJ, de 7.6.2007, as. *J. Van der Weerd y otros v. Minister van Lanbouw, Natuur en Voedselkwaliteit* (C-222/05 a C-225/05).

9. STJ, de 6.10.1982, as. *CILFIT v. Ministero della Sanità* (C-283/81).

10. ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *La ejecución del Derecho comunitario europeo en España*, Civitas y Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1993.

haber asumido sin mayor problema que el juez español es un verdadero juez de la Unión Europea. Esta percepción coincide con el papel esencial que el derecho de la Unión encomienda a los jueces y que en los últimos estadios de la integración europea se ha visto reforzado por las instituciones europeas, particularmente por la Comisión Europea, y, en menor medida, por los Estados miembros. Cuestión aparte es la de si en la práctica, el juez español ha interiorizado esa percepción, lo cual será objeto de análisis en este estudio.

La literatura académica ha ofrecido diversas justificaciones teóricas y normativas sobre la recepción, impacto e implicaciones que el derecho europeo proyecta en los sistemas jurídicos nacionales y sobre los jueces en particular. Sin embargo, el modo en que los jueces nacionales perciben y aplican el derecho europeo es una cuestión diferente que reclama un enfoque más empírico para su indagación. Esta necesidad ha venido determinada por la diferencia constatable entre, por un lado, la correcta metodología de aplicación del derecho europeo exigida por la jurisprudencia del TJUE para los tribunales nacionales, y, por otro lado, la práctica y capacidades reales de los jueces para atender a dichas exigencias. Esta disociación desemboca en muchos casos en una incorrecta aplicación del derecho europeo, en la existencia de múltiples y a veces contradictorias interpretaciones de una misma norma, y en el desconocimiento y desconfianza en el uso de las cuestiones prejudiciales, lo que ha conducido tanto a la comunidad académica como a instituciones judiciales a preocuparse sobre la experiencia de los jueces nacionales con el derecho europeo, su grado de conocimiento, y la manera en que perciben su influencia sobre áreas del derecho tradicionalmente nacionales¹¹.

En esta línea, el presente trabajo trata de esclarecer si actualmente los jueces españoles se han adaptado a las exigencias creadas por el sistema legal de la Unión para la aplicación del derecho europeo. Para comprobar si los jueces españoles han asimilado su condición de jueces comunitarios, operando como verdaderos agentes del sistema legal de la Unión Europea, este estudio presenta y discute, a partir de datos obtenidos de los protagonistas, en qué medida están

11. Para más información sobre estos estudios consultar: BOBEK, M., «Learning to Talk: Preliminary Rulings, the Courts of the New Member States and the Court of Justice». *Common Market Law Review*. n° 45, 2008, pp. 1611-43. BOBEK, M. «On the Application of European Law in (Not Only) the Courts of the New Member States: "Don't do as I say"?, en BARNARD, C. (ed.), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2007-2008*, vol. 10. Hart Publishing, United Kingdom, 2008, pp. 1-34. JAREMBA, U., *National Judges as EU Law Judges: The Polish Civil Law System*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2014. NOWAK, T., AMTENBRINK, F., HERTOOGH, M., and WISSINK, M., *National Judges as European Union Judges Knowledge, Experience and Attitudes of Lower Court Judges in Germany and the Netherlands*. Eleven International Publishing, The Hague, 2011. PARLAMENTO EUROPEO, European Parliament resolution of 9 July 2008 on the role of the national judge in the European judicial system, 2007/2027(INI), 2008. PARLAMENTO EUROPEO y ACADEMIA DE DERECHO EUROPEO (ERA), «Formación Judicial en los Estados Miembros de la Unión Europea». EP Studies, 2011. WIND, M., «The Nordics, the EU and the Reluctance Towards Supranational Judicial Review». *Journal of Common Market Studies*, n° 48, 2010, pp. 1039-1063.

preparados para operar en un sistema legal multinivel y cada vez más europeizado.

Y para determinar el grado de europeización de los jueces y de su actividad son tres los aspectos que se analizan: 1) sus experiencias diarias con la aplicación del mismo, 2) su conocimiento del derecho europeo, y 3) sus actitudes individuales hacia el derecho de la Unión Europea y sus instituciones. Estos tres ámbitos nos ayudarán a establecer el modo en que los jueces españoles perciben y entienden su función como jueces de la Unión. El análisis de estas cuestiones a través de la metodología de encuesta ofrece un novedoso enfoque de análisis de los problemas de aplicación judicial del derecho europeo en España y, lo que es aún más importante, pretende extraer conclusiones sobre el grado de europeización de los jueces españoles.

II. METODOLOGÍA DE LA ENCUESTA

En este trabajo se utilizan datos a nivel individual obtenidos a través de encuestas realizadas en el marco del proyecto de una investigación doctoral «The Politics of Judging EU law»¹², bajo el auspicio del Instituto Universitario Europeo. Los datos fueron recopilados entre marzo y noviembre de 2012 en colaboración con la Red de Expertos de Derecho Europeo del Consejo General del Poder Judicial, la Escuela Judicial y diversos académicos, obteniéndose respuestas de jueces de todas las jurisdicciones (e.g. penal, civil, social y contenciosa-administrativa), y tribunales dentro de la jerarquía judicial, incluido el Tribunal Supremo.

Desde el punto de vista metodológico, la muestra utilizada para el análisis no puede considerarse una muestra probabilística que represente con exactitud la población de los jueces en España. Dicha tarea no fue posible debido al acceso limitado y escasa disponibilidad de los jueces. Sin embargo, durante la recopilación de datos, se ha trabajado para reducir cualquier tipo de errores de la encuesta relacionados con la falta de respuesta y de autoselección. Para ello se ha controlado y aproximado a jueces de las diferentes jurisdicciones y niveles dentro de la jerarquía judicial para evitar que solamente contestaran aquellos jueces que están más informados y familiarizados con las cuestiones de derecho de la Unión Europea, evitando la excesiva representación de los jueces con más conocimientos y la escasa de aquéllos que no están interesados en cuestiones del derecho de la UE. Como resultado de la distribución, se recibieron 145 cuestionarios. No obstante, tal como se verá durante el análisis, no todos los cuestionarios fueron completamente contestados por los jueces encuestados, con lo que las respuestas a las preguntas realizadas oscilan entre 110 y 134 respuestas.

La muestra de jueces está compuesta por más hombres que mujeres

12. MAYORAL DÍAZ-ASENSIO, J. A., *The Politics of Judging EU law: A new approach to national courts in the legal integration of Europe*, Tesis, Instituto Universitario Europeo, Florencia, 2013.

(56,25% de hombres) y se distribuyen entre distintas edades 29-34 (24,74%), 35-40 (15,46%), 41-50 (41,24%) y 50 o más (18,55%). De entre estos jueces un 53,1% trabaja en la jurisdicción civil o mercantil, el 23,45% en la penal, un 6,9% en la social y un 15,86% en la contencioso-administrativa, mientras que el 0,69% restante corresponde a jueces en formación. Finalmente, el 71,72% de los jueces encuestados sirven en juzgados de primera instancia o similares, el 25,52% en un tribunal intermedio de ámbito provincial o autonómico (Audiencia Provincial o Tribunal Superior de Justicia) y el 2,76% en tribunales de circunscripción nacional como el Tribunal Supremo o la Audiencia Nacional.

III. ¿LOS JUECES ESPAÑOLES COMO JUECES EUROPEOS? UN ANÁLISIS EMPÍRICO

La influencia del derecho europeo en los jueces españoles es probablemente mayor de lo que estos hayan podido advertir y ha ido calando imperceptiblemente en un contexto social muy propicio, durante los últimos 30 años y que solo hasta hace poco, de manera coyuntural y debido a la crisis económica, se ha visto debilitada.

Por una parte, a la europeización de la judicatura española ha contribuido, sin lugar a dudas, la renovación generacional del Tribunal Supremo, la maduración de su posición institucional por parte del Tribunal Constitucional y el atrevimiento de algunos Tribunales superiores y de algunos Juzgados a cuestionar aspectos que hasta hace bien poco resultaban en términos jurídicos y en nuestra tradición casi sacrosantos. Por otra parte, es notoria la mejora de la cultura judicial española por influjo del derecho europeo y, en definitiva, por la brecha abierta en el rígido principio de la jerarquía judicial por el juego combinado de la independencia de los jueces y de la cooperación judicial en Europa¹³.

Tal como se ha indicado en la introducción, a continuación se abordan tres aspectos para determinar el grado de europeización de los jueces españoles y su actividad judicial.

A. EXPERIENCIA

1. *¿Con qué frecuencia tienen los jueces que decidir sobre derecho europeo?*

Los jueces son cada vez más conscientes de la importancia y de la necesidad de recurrir a la legislación de la UE y a las normas relativas a su aplicación. El uso frecuente del reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia puede actuar como un incentivo para que los jueces intenten mejorar su preparación en derecho europeo. Dado que muchos de ellos adquieren sus conocimientos de la legislación y jurisprudencia europeas por la práctica, más que por la docencia recibida sobre el particular, la experiencia juega un papel crucial en el proceso

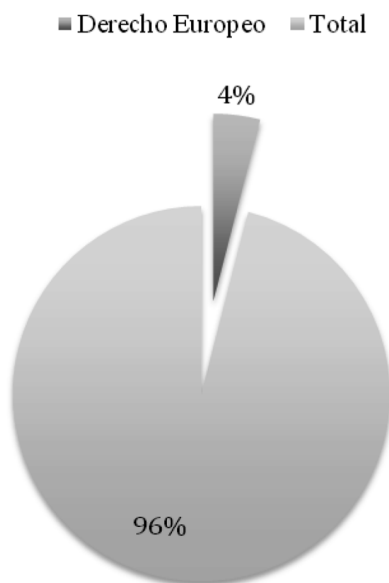
13. ALTER, K., *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe*. Oxford University Press, Oxford: New York, 2001.

de mejorar el conocimiento del derecho europeo y, por ende, en la europeización de los jueces españoles.

El gráfico n° 1 muestra el volumen de casos sobre derecho europeo que han sido enjuiciados por todos los jueces de la muestra. Tal como se puede comprobar, este porcentaje solamente supone, de media, un 4% de los litigios decididos por los jueces. Cabe, en consecuencia, preguntarse si ese escaso porcentaje responde a lo que podríamos denominar la realidad jurídica del litigio o, en otras palabras, si en la controversia subyacía algún vínculo europeo que no emergió porque ni el juez ni las partes fueran capaces de discernirlo.

Mientras que la media anual de asuntos juzgados se sitúa en 543 casos/año, en los asuntos sobre derecho europeo la media es de 22,6 casos/año. Ahora bien, no puede dejar de constatarse que la percepción generalizada es de escasísima influencia del derecho europeo; solamente un 4% de los casos tendrían que ver con el derecho europeo, insistimos, a los ojos de los jueces preguntados.

Gráfico 1: Porcentaje de casos sobre derecho europeo sobre el total de litigios anuales



n= 120 y 125 (Promedios: 543 casos anuales y 22,6 casos anuales sobre derecho europeo).

Si analizamos más en detalle los datos anteriores, podremos concluir cómo la intervención de los jueces en asuntos de derecho europeo depende en gran medida del ámbito jurisdiccional y de su especialización. Si comparamos el promedio de casos decididos por los jueces de distintas jurisdicciones se puede apreciar que los jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa son los que más asuntos de derecho europeo conocen con un promedio de 44,95 casos al año, seguidos de los jueces de lo social con 32,5 casos al año, civil y mercantil con 21,36 casos europeos al año, y 5,9 para los de penal. Por otra parte, puede

señalarse el ámbito contencioso-administrativo como el más propicio para la aplicación del derecho de la Unión Europea al incidir en una parte importante de sus sectores más significativos (Derecho público de la competencia, fiscalidad, extranjería, etc.). Además, en el ámbito administrativo, la intervención de la Sala 3ª del Tribunal Supremo en el control de legalidad de la potestad reglamentaria del Gobierno afecta en gran medida a la transposición del derecho de la Unión a través de numerosos Reales Decretos adoptados por el Gobierno central. Ya a más distancia se atisban los tribunales de lo social aplicando los Reglamentos relativos al régimen europeo de la Seguridad Social y las Directivas tuitivas de armonización de las legislaciones sociales. Y casi a la par los jueces de lo civil y mercantil, especialmente preocupados por la protección de los consumidores y sus efectos transformadores sobre el derecho privado y el derecho procesal civil. En el caso de los jueces penales la influencia del derecho de la Unión ha sido muy limitada pero es previsible que los futuros desarrollos del espacio de libertad, seguridad y justicia, en particular la armonización de legislaciones penales y la cooperación policial y judicial penal, así como los efectos expansivos de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, ofrezcan nuevas y reforzadas posibilidades de aplicar el acervo jurídico de la Unión y, consecuentemente, de solicitar en vía prejudicial, la interpretación del Tribunal de Justicia.

2. *¿Quién argumenta la aplicación del derecho europeo? ¿Jueces o litigantes?*

Es preciso subrayar, en primer lugar, que la invocación del derecho europeo no es tanto un problema de formación o de información como de confianza en la efectividad del derecho de la Unión. En este sentido, una sentencia como la dictada en el asunto *Aziz*¹⁴ ha tenido un gran efecto mediático y ha supuesto la reforma de la legislación hipotecaria y de la Ley procesal española, gestada y concluida en solo dos meses desde el citado fallo.

A los efectos de la recepción de los principios y obligaciones europeas, no han faltado quienes propugnen que el juez nacional debe adecuar el ejercicio de sus poderes para lograr la eficaz protección de los derechos derivados del ordenamiento de la Unión, incluso, a través de instrumentos que no se encuentran reconocidos en su derecho interno, como se ha inferido a partir del artículo 19 apartado 1, segundo párrafo del TUE, disposición que plasma a nivel de derecho originario, determinadas consignas del Tribunal de Justicia en lo que se refiere al principio de efectividad de la norma comunitaria, y a la aplicación de oficio de la misma con el consiguiente desplazamiento del obstáculo procesal interno que la perturbe¹⁵.

14. STJ, de 14.3.2013, as. *Mohamed Aziz / Catalunya caixa* (C-415/11). La reforma legislativa española ha sido ejemplarmente rápida a la vista de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (BOE nº 116, de 15 de mayo de 2013).

15. HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., «Las implicaciones constitucionales del incumplimiento del deber de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Una aproximación post-Lisboa», *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 39, 2011, pp. 273-411.

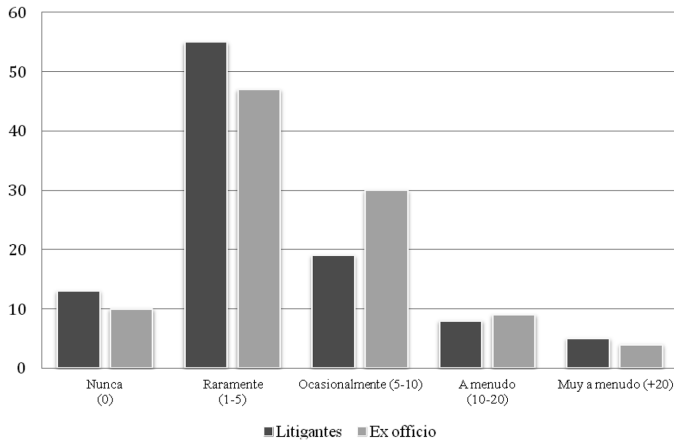
De hecho, y por lo que se refiere a los propios jueces, se observa cómo los de instancia o apelación pueden referirse a la interpretación del Derecho de la Unión y, en su caso, acudir a la vía prejudicial cuestionando la fundamentación de las doctrinas jurisprudenciales del Tribunal Supremo o del propio Tribunal Constitucional¹⁶. Asimismo, cada jurisdicción discurre sobre normas procesales sensiblemente distintas en cuanto a la argumentación y a la alegación (lo que tiene mucho que ver con el principio dispositivo), resultando afectado el distinto ámbito material: consumidores, medio ambiente, derecho procesal, derechos de los empleados, etc. De este modo se puede comprobar estadísticamente que unos pocos jueces de lo civil están contribuyendo a la transformación del derecho privado español produciéndose una renovación desde abajo, en contraste con unos tribunales de apelación más conformistas y con excepciones tan notorias como demuestra la labor de la Sección 15^a de la AP de Barcelona o la Sección 28^a de la AP de Madrid.

En cambio, en el contencioso-administrativo la recepción del derecho europeo ha sido más bien de arriba hacia abajo debido a la tarea de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo donde algunos magistrados especialmente bien formados en el derecho europeo han servido de acicate para la depuración «europea» del derecho español (fundamentalmente, respecto de normas reglamentarias aprobadas en virtud de Reales Decreto) siendo especialmente activos en la colaboración prejudicial con el Tribunal de Justicia.

En cualquier caso el gráfico nº 2 muestra cierta equiparación entre el juez y los abogados de las partes a la hora de invocar el Derecho de la Unión. La única diferencia sustancial radica en que los jueces argumenten basándose en el derecho europeo de manera más ocasional que las partes litigantes.

16. STJ, de 12.12.2002, as. *Rodríguez Caballero* (C-442/00) y STJ de 18.3.2004, as. *Merino Gómez* (C-342/01) en relación con la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Y la STJ, de 8.7.2011, as. *Rosado Santana / Junta de Andalucía* (C-177/10) y la STJ de 22.12.2010, as. *Gavieiro Gavieiro* (C-444/09 y C-456/09) sobre antigüedad de los funcionarios interinos, respecto de la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

Gráfico 2: Invocación del derecho europeo en los litigios por las partes litigantes y jueces (%)



n= 132 y 134

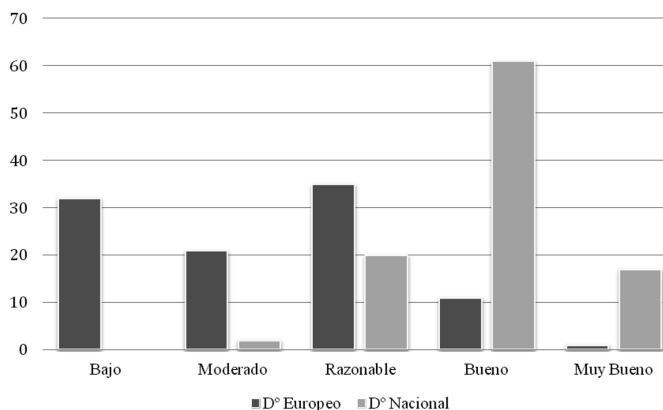
B. CONOCIMIENTO

1. ¿Qué nivel de conocimiento tienen los jueces del derecho europeo?

En términos generales, los jueces españoles consideran que su conocimiento del derecho de la Unión es menor que el del derecho nacional. Mientras que un 78% de los jueces han respondido tener un «buen» o «muy buen» conocimiento del derecho nacional, solamente un 12% afirman lo mismo sobre su conocimiento del derecho europeo. Asimismo, más de la mitad de los jueces españoles expresan tener un conocimiento «bajo» o «moderado» (53%) del derecho europeo si se compara con un escaso 2% en relación al derecho nacional. Las perniciosas consecuencias de un reducido dominio de ese derecho debilita, sin duda, la integración alcanzada, alertando el Abogado General Ruiz-Jarabo de que *«el desconocimiento por parte de los Estados miembros de las obligaciones que les impone el Derecho Comunitario es uno de los mayores riesgos para la subsistencia misma de las Comunidades Europeas»*¹⁷.

17. RUIZ-JARABO COLOMER, D., «Cuestiones prejudiciales planteadas en relación con el Derecho Comunitario», *Cuadernos de Derecho Judicial* (Ejemplar dedicado a: Implicaciones que en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo produce la integración en la Unión Europea), nº 21, 1996, CGPJ, pp. 83.

Gráfico 3: Nivel de conocimiento de los jueces españoles del derecho europeo y nacional (%)



n= 131 y 133

Quizás sean dos, en esencia, los factores determinantes del escaso conocimiento del derecho de la Unión por los jueces en nuestro país: el manejo exclusivo de conocimientos primigenios del derecho europeo (que no debe ser identificado en ningún caso con conocimiento superficial) y la visión abstracta y aislada que del mismo se tiene¹⁸. Por otra parte, es posible detectar ciertas líneas de razonamiento o de argumentación judicial que, en sí mismas, pueden denotar ciertos conocimientos de derecho europeo, pero que olvidan que el juez ordinario, como juez europeo que es, ha de interpretar el derecho interno de conformidad con las normas europeas, y no al revés, como en ocasiones parece haber ocurrido.

Para analizar más en profundidad estas carencias, es importante tener en cuenta la posición de los jueces en la jerarquía judicial. El conocimiento del Derecho de la UE podría estar ligado a la ubicación del juez/a en el sistema nacional de la jerarquía judicial. Los tribunales superiores están mejor equipados, en términos de personal y recursos legales (e.g. *expertise* o asistencia legal), para hacer frente a los casos de derecho de la UE que los tribunales inferiores¹⁹. Por lo tanto, es posible esperar que los jueces de los tribunales superiores sean mejores conocedores de la legislación europea. En este sentido, los datos muestran cómo efectivamente los jueces de tribunales inferiores acreditan en prome-

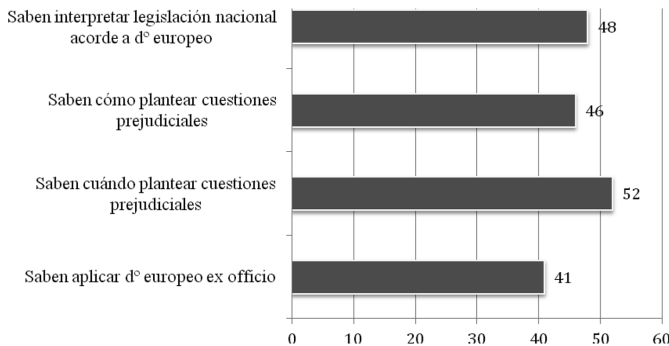
18. BERBEROFF AYUDA, D., «El juez ordinario y la cuestión prejudicial», en RIPOL CARULLA, S. (dir.), *España ante los Tribunales Internacionales Europeos: Cuestiones de política judicial*, Instituto Vasco de Administración Pública, 2008.

19. CHOI, S. J., GULATI, M. and POSNER, E. A., «What do Federal District Judges Want? An Analysis of Publications, Citations and Reversals». *The Journal of Law, Economics, & Organization*, n.º. 28 (3), 2012, pp. 518-49. DRAHOZAL, C. R. «Judicial Incentives and the Appeals Process». *Southern Methodist University Law Review*, Vol. 51, 1998, pp. 469-503. HAIRE, S. B., SONGER, D. R. and LINDQUIST, S. A. (2003) «Appellate Court Supervision in the Federal Judiciary: A Hierarchical Perspective». *Law & Society Review*, n.º 37(1), 2003, pp. 143-68.

dio un conocimiento más bajo (1,16), que los miembros de tribunales intermedios (1,47) y superiores (2,25)²⁰. De modo que los jueces españoles que sirven en tribunales superiores se evalúan a sí mismos como mejores conocedores del derecho europeo.

Más concretamente, podemos observar la respuesta de los jueces respecto a su conocimiento en el uso de ciertas doctrinas e instrumentos legales como es, por ejemplo, el planteamiento de cuestiones prejudiciales. En primer lugar, se muestra cómo un 48% de los jueces saben interpretar la legislación nacional de conformidad con el derecho europeo. En segundo lugar, un 41% de los jueces son capaces de aplicar el derecho europeo de oficio. Finalmente, los jueces españoles responden de manera similar cuando se les pregunta si saben cómo (46%) y cuándo (52%) plantear una cuestión prejudicial. De todo ello, se puede extraer que no más de la mitad de los jueces se encuentran familiarizados con algunas de las aplicaciones más comunes y relevantes relacionadas con el derecho europeo, con las consecuencias que esto comporta.

Gráfico 4: Conocimiento de ítems legales concretos (%)



n= 125, 120, 126 y 127.

Cabe constatar, con la memoria del Tribunal de Justicia de la Unión Europea correspondiente al año 2012, que los órganos jurisdiccionales españoles, considerados en su conjunto, habían planteado hasta el 31 diciembre 2012 la nada despreciable cifra de 287 cuestiones prejudiciales. En comparación con otros Estados miembros, dicho número queda muy lejos de los 1953 reenvíos efectuados por los jueces alemanes o los 1165 de los italianos; obviamente, una multitud de factores pueden incidir sobre diferencias de tal magnitud, comenzando por la circunstancia de que Alemania e Italia han formado parte de la Comunidad Europea desde su creación o por el número de jueces que ejercen en dichos Estados. Sin embargo, el número de cuestiones prejudiciales procedentes de nuestro país ya no resulta, quizás, tan justificable, si acudimos a los datos que ofrece la estadística respecto de Estados miembros más pequeños, como Países Bajos (833) Bélgica (713) o Austria (410) que, como es sabido,

20. El nivel de conocimiento del derecho europeo se comprende entre los valores 0 a 4, donde 0 se refiere a un «bajo» conocimiento y 4 a un conocimiento «muy bueno».

entró a formar parte de la Comunidad en el año 1995 (esto es, 10 años después de España).

En cualquier caso, la estadística sobre el grado de implicación del juez español, basado en su fertilidad a la hora de dirigirse a Luxemburgo, si bien destila cierta trascendencia, no debe agotar, empero, el análisis de lo que podría denominarse la actitud (y por qué no decirlo, la aptitud) de los integrantes del poder judicial con relación al Derecho de la Unión. En efecto, importa más identificar y estudiar aquellos asuntos en los que debiéndose haber planteado la remisión prejudicial, los mismos fueron resueltos finalmente sin ella: lo que importa no es la poca acción en el planteamiento de la cuestión, sino la abundante omisión, de la que son testigos mudos un desconocido número de asuntos y sus causas²¹.

Por otro lado, quizás las consecuencias de un indebido manejo de la cuestión prejudicial han forjado ciertos cambios en la mentalidad de los jueces españoles, al menos de quienes conocen las enseñanzas del asunto *Köbler*²² que resume la posición del Tribunal de Justicia sobre las consecuencias de una actuación de un órgano judicial nacional generadora de un daño para un particular, mediando infracción del derecho europeo que, en línea con la jurisprudencia anterior, recuerda que el principio de la responsabilidad de un Estado miembro por las violaciones del derecho de la Unión resulta aplicable ante cualquier supuesto de infracción independientemente de cuál sea el órgano del Estado miembro a cuya acción u omisión se impute esa vulneración, lo que incluye también a los órganos jurisdiccionales. En relación con este tema, los jueces fueron preguntados sobre si el principio de responsabilidad del Estado por incumplimiento del derecho europeo es un principio beneficioso para el cumplimiento del derecho europeo por parte de 1) Gobierno y administración y 2) de los jueces. Mientras que el 79,66% de los jueces encuestados estaba de acuerdo o muy de acuerdo con la idea de que el principio de responsabilidad del Estado por incumplimiento del derecho europeo por parte del gobierno o administración es un principio beneficioso, en el caso de que este principio afectase al incumplimiento de los jueces hizo disminuir el grado de acuerdo al 68,38%. Lo que muestra cierta reticencia de los jueces a ser monitorizados por las instituciones de la Unión, al mismo tiempo que denota la preferencia de los jueces del uso del principio de responsabilidad como instrumento para forzar el cumplimiento con la normativa europea por parte de la administración.

2. *¿Qué fuentes, contactos y redes utilizan los jueces para informarse sobre la aplicación del derecho europeo?*

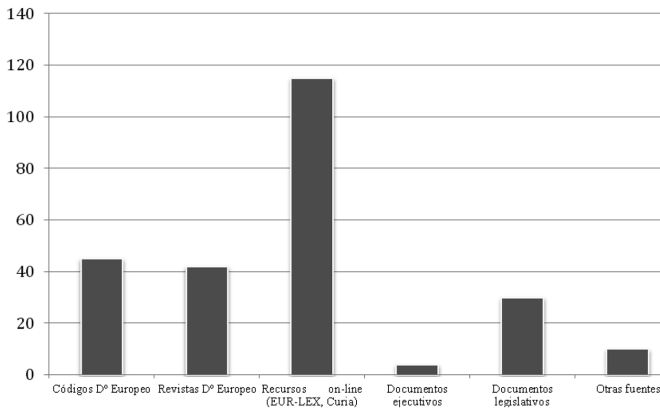
Respecto al modo de adquirir o contrastar su conocimiento sobre el derecho europeo, en primer lugar, cabe mencionar las fuentes legales que los jueces utilizan para informarse sobre la legislación europea y su aplicación. El gráfico nº 5 muestra cómo gran parte de los jueces hacen uso de los recursos y bases

21. BERBEROFF AYUDA, D., «El juez ordinario y la cuestión prejudicial», obra citada.

22. STJ, de 30.9.2003, as. *Köbler* (C-224/01).

de datos disponibles en línea, resaltando la importancia de los avances telemáticos para la aplicación del derecho europeo. Esta práctica es apoyada por el uso de códigos de derecho europeo, documentos legislativos (por ejemplo, legislación nacional de transposición de la legislación europea) y artículos académicos.

Gráfico 5: Fuentes de información de derecho utilizadas por los jueces (frecuencias)



n=125

Más relevante, si cabe, es el uso de contactos o redes para el intercambio de información y la difusión del conocimiento²³. En estos estudios, el intercambio formal e informal de la información en comunidades de conocimiento es vista como una parte esencial de la difusión y mejora del conocimiento. Jueces con extensas redes institucionales, profesionales o personales tienen mayor acceso y oportunidades de contrastar su conocimiento sobre derecho europeo, y, en consecuencia, de mejorarlo. En algunos tribunales estas redes están institucionalizadas en forma de reuniones periódicas de los jueces que tratan sobre los últimos desarrollos en el campo del derecho europeo o en la especialización de un juez formalmente designado que proporciona información sobre la legislación de la UE a sus compañeros (por ejemplo, el coordinador de derecho europeo en los Países Bajos). Además, en Europa los jueces nacionales pueden dialogar con los colegas de otros Estados miembros en las redes europeas e internacionales en las que se trata de mejorar los conocimientos sobre otros sistemas jurídicos e intercambiar experiencias e ideas sobre el derecho de la UE²⁴.

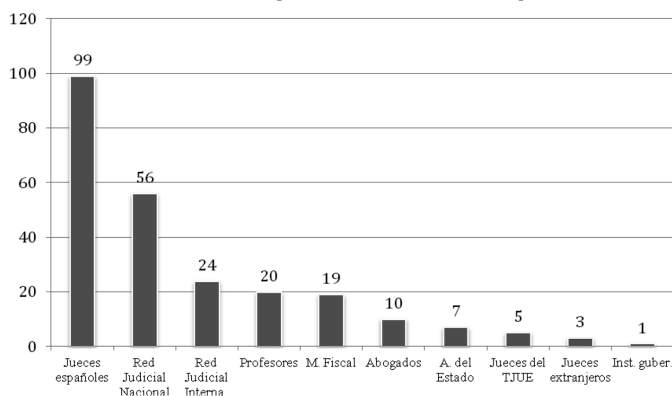
Explicada la utilidad de estas redes y actores, es preciso preguntar cuáles son las más recurrentes entre los jueces españoles para consultar la aplicación del derecho europeo. Tal como se puede observar en el gráfico nº 6, la mayoría

23. COWAN, R. and JONARD, N., «Network Structure and the Diffusion of Knowledge». *Journal of Economic Dynamics and Control*, nº 28(8), 2004, pp. 1557-75. KADUSHIN, C., *Understanding Social Networks. Theories, Concepts, and Findings*. Oxford University Press, Oxford, 2012.

24. CLAES, M. and DE VISSER, M., «Are You Networked Yet? On Dialogues in European Judicial Networks». *Utrecht Law Review*, nº 8(2), 2012, pp. 100-14.

de los jueces acude a sus propios compañeros jueces para resolver sus dudas o sus carencias sobre derecho europeo. También es destacable el uso de redes judicial nacionales como la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea, seguida del uso de las redes judiciales internacionales, colegas académicos y el ministerio fiscal²⁵. También se puede destacar la existencia, aunque escasa, de contactos europeos con jueces de otros Estados Miembros y con los miembros del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, máximo referente para la aplicación del derecho de la Unión.

Gráfico 6: Actores consultados para la resolución de derecho europeo (frecuencias)



n=130

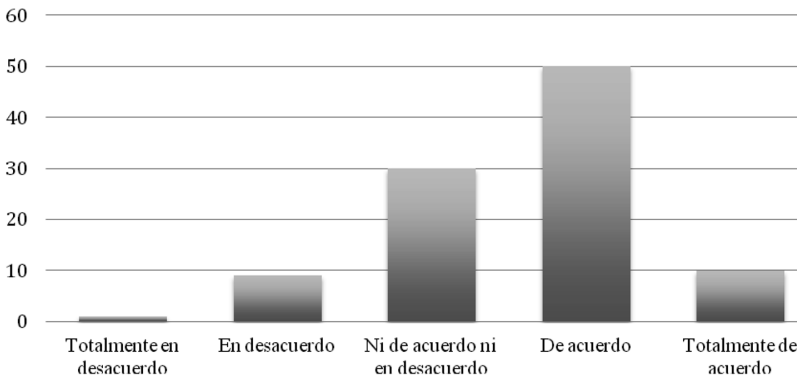
C. ACTITUDES HACIA EL DERECHO E INSTITUCIONES EUROPEAS Y SU ROL COMO JUEZ DE LA UNIÓN

1. *¿En qué medida los jueces españoles aprueban su rol como jueces de la Unión Europea y los principios rectores del ordenamiento jurídico europeo?*

En último lugar, corresponde revisar cómo entienden los jueces la relación del ordenamiento nacional con el ordenamiento jurídico europeo y su propia posición dentro del sistema judicial europeo. Su postura o actitud hacia estos temas pueden condicionar, en cierta medida, su comportamiento y decisiones a la hora de aplicar el derecho europeo. En este sentido, jueces contrarios a identificarse con el proyecto europeo o que nieguen la primacía del derecho europeo sobre el nacional en materias propias de la Unión, podrían condicionar la aplicación del *acquis europeo*. En primer lugar, analizaremos la propia percepción de los jueces españoles como jueces europeos. El gráfico n° 7 muestra la mayoría de los jueces, un 60%, que se identifica con este rol, mientras que el resto, un 40%, lo rechaza o se muestra indiferente, siendo esta una cantidad de jueces nada despreciable.

25. ALONSO MOREDA, N., *La dimensión institucional de la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea: magistrados de enlace, Red Judicial Europea y Eurojust*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2010.

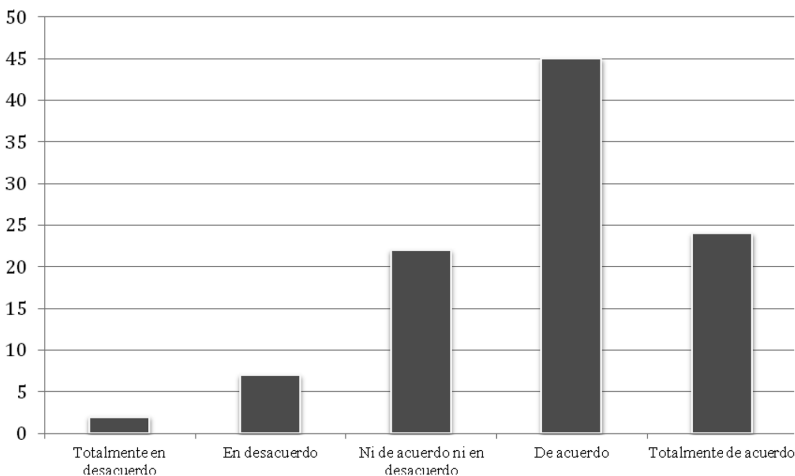
Gráfico 7: Identificación de los jueces españoles como jueces europeos (%)



n=128

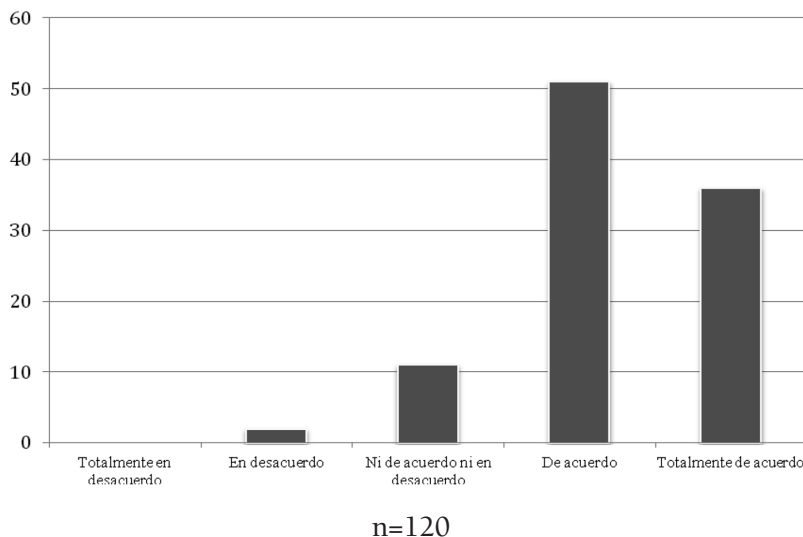
Una aceptación similar se observa respecto del principio de primacía del derecho de la Unión Europea (gráfico nº 8) y con relación a la compatibilidad de los principios jurídicos europeos con los nacionales (gráfico nº 9). En ambos casos observamos una aceptación mayoritaria de la primacía (69%) y de la compatibilidad entre ordenamientos (87%). Es en este último caso donde la aprobación por los jueces españoles es casi unánime, lo que da entender la escasa dificultad que podrían tener los jueces españoles para aplicar, compatibilizar e integrar el derecho europeo en el ordenamiento interno.

Gráfico 8: Nivel de acuerdo de los jueces con la primacía del derecho europeo (%)



n=122

Gráfico 9: Nivel de acuerdo de los jueces con la compatibilidad de los principios jurídicos del derecho europeo con los nacionales (%)



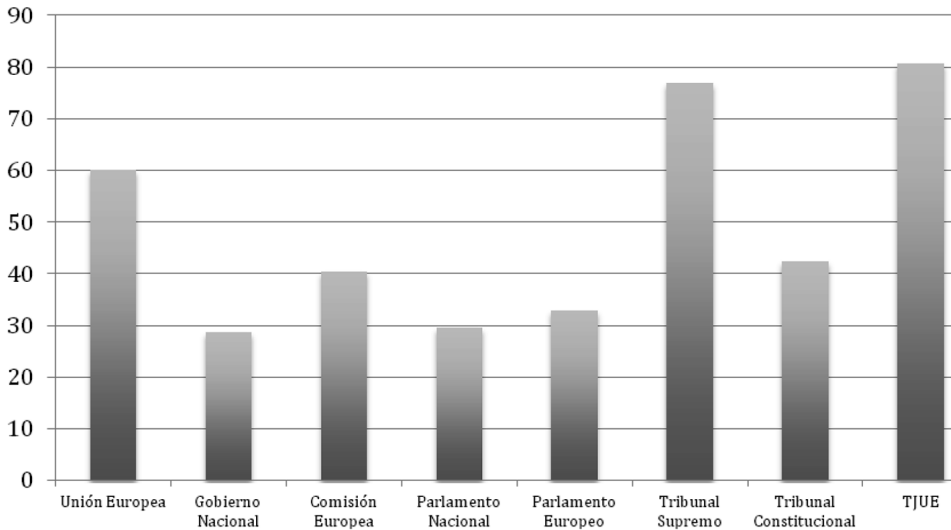
Por último, los jueces valoran y aplican en mayor medida el derecho europeo y la jurisprudencia del TJUE cuando confían en instituciones, tanto judiciales como políticas, relacionadas con su desarrollo e interpretación²⁶. Por ejemplo, los jueces aplicarán con mayor probabilidad los instrumentos europeos cuando confíen en las decisiones del TJUE, concretamente cuando creen que las decisiones del Tribunal de Justicia no socavan los principios jurídicos fundamentales de su ordenamiento jurídico nacional. Asimismo, los jueces nacionales harán un mayor uso de la normativa e materiales europeos, como la jurisprudencia del TJUE, cuando desconfían en sus autoridades judiciales nacionales supremas (e.g. Tribunal Constitucional o Tribunal Supremo), ya sea porque duden de su independencia o por desacuerdos con las decisiones tomadas por estos tribunales nacionales, con la intención de desafiar la jurisprudencia de estos tribunales o poder.

En este sentido, dada la relevancia de la confianza institucional para la aplicación del derecho europeo destacada, es necesario plantearse en qué medida los jueces españoles confían en las diversas instituciones judiciales y políticas a nivel tanto nacional como europeo. Si prestamos atención al gráfico nº 10 se extraen dos interesantes conclusiones. En primer lugar, que los jueces por regla general confían más en las instituciones políticas y judiciales europeas (UE, TJUE, Comisión y Parlamento Europeo) que en sus homólogos nacionales (Gobierno y Parlamento nacional, Tribunal Supremo y Constitucional). En segundo lugar, se aprecia cómo los jueces, por puro sentido corporativo, confían más en instituciones judiciales que en las políticas. En esta misma línea, es

26. MAYORAL DÍAZ-ASENSIO, J. A., *The Politics of Judging EU law: A new approach to national courts in the legal integration of Europe*. Obra ya citada.

destacable la poca confianza en el Tribunal Constitucional comparado con el Supremo, lo cual puede venir explicado por la mayor politización institucional del primero.

Gráfico 10: Confianza en instituciones nacionales y europeas (%)



n=124-128

2. *En caso de conflicto doctrinal entre el TJUE y el Tribunal Constitucional, ¿qué harían los jueces?*

Con carácter previo a responder de forma concreta el interrogante formulado, resulta conveniente encuadrarlo mediante una breve exposición de la evolución de nuestro Tribunal Constitucional en torno a la aplicación e interpretación del derecho de la Unión Europea. De otra manera, puede resultar difícil comprender los resultados de la encuesta sobre este particular

La ingente labor consistente en convertir el derecho de la Unión Europea en marco supremo de referencia y de contraste de la normativa nacional debería desarrollarse de manera natural y sin estridencias; sin embargo, se ha visto empañada en nuestro país por la reiterada postura del Tribunal Constitucional relativa a que la tarea de garantizar la recta aplicación del derecho europeo por los poderes públicos nacionales es una cuestión de carácter infraconstitucional y, por tanto, excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales.

Esta posición descansa en que para nuestro Tribunal Constitucional controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al derecho de la Unión Europea compete exclusivamente a los órganos de la jurisdicción en cuanto aplicadores de ese ordenamiento de la Unión Europea y, en su caso, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁷ y, por tanto, la eventual

27. STC 64/1991, de 22.3.1991, y STC 180/1993, de 31.5.1993, entre otras muchas.

infracción del Derecho de la Unión por leyes estatales o autonómicas no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas no constitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria²⁸. Obviamente, estos argumentos del Tribunal Constitucional han precipitado cierto sentimiento de «apatía europea» en los jueces ordinarios, pues si para el máximo intérprete de la Constitución una infracción del derecho europeo no pasaba de ser una mera cuestión de legalidad ordinaria, la motivación del juez ordinario en considerar con plenitud el derecho de la Unión resultaba, en cierta medida, desnutrida.

Ahora bien, esa situación experimentó un giro cuando se abordaron las consecuencias derivadas del no planteamiento de una cuestión prejudicial –pese a la procedencia de su remisión–, pues en la Sentencia 58/2004, de 19 abril, el Tribunal Constitucional parece modificar su apreciación al entender que, en un asunto donde el propio órgano judicial viene a separarse de toda la doctrina judicial interna recaída sobre la materia –formada sobre la base del criterio sustentado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en diversas Sentencias–, supone desconocer las garantías que integran el contenido del proceso debido.

Sin embargo, la STC 194/2006 no matizó la anterior doctrina, generando cierta confusión sobre la apreciación del derecho de la Unión: podríamos decir que el Tribunal Constitucional se extralimitó por cuanto en ejecución de la expresada Sentencia obligó al juez ordinario (a la Sala de lo Contencioso Administrativo de las Palmas), a plantear una cuestión prejudicial –la que dio lugar al asunto *Club Náutico de Gran Canaria* (C-186/07)– que fue despachada mediante Auto de 16 abril 1998 con una clara respuesta de inadmisibilidad, al no advertir los jueces de Luxemburgo la conexión comunitaria del caso enjuiciado. En suma, resulta curioso que el Tribunal Constitucional otorgase el amparo al Gobierno canario, entre otras razones, por la circunstancia de que la Sala de las Palmas resolviera un recurso sin el previo diálogo con el Tribunal de Luxemburgo y, luego, este último rechazase un enjuiciamiento de fondo al constatar la improcedencia de la remisión prejudicial.

Sin embargo, nuevos horizontes ha abierto el «histórico» planteamiento de la primera cuestión por parte de nuestro Tribunal Constitucional, a través de un Auto fechado a 9 junio 2011, que ha dado lugar a la Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2013²⁹ (asunto *Melloni*) en el que, a propósito de la Decisión Marco 2002/584/JAI, en su redacción vigente, dada por Decisión Marco 2009/299/JAI, interrogó al Tribunal de Justicia sobre una cuestión de extraordinario calado, como es la relativa a la posibilidad de aplicar un determinado estándar de interpretación nacional (un específico nivel de protección) de un derecho fundamental previsto en la Carta, más elevado o más tuitivo que el que resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a los fines de evitar una exégesis

28. STC 28/1991, de 14.2.1991.

29. STJ, de 26.2.2013, as. *Melloni* (C-399/11).

limitativa o lesiva de ese derecho fundamental tal y como es reconocido por nuestra Constitución y por el propio Tribunal Constitucional.

Más desapercibido ha pasado otro pronunciamiento del Tribunal Constitucional, en el que subyace una clara vocación de modificar su tradicional posición. Nos estamos refiriendo a la STC 145/2012, de 2 julio que, en síntesis, estimó un recurso de amparo al considerar que el juez ordinario incurrió en vulneración del artículo 24 CE *al proceder a una selección irracional y arbitraria de las normas jurídicas aplicables* como consecuencia de confirmar una resolución sancionadora dictada en aplicación de una Ley que había sido declarada contraria al Tratado constitutivo en virtud de una Sentencia del TJUE.

Al respecto, cabría enfatizar que, tomando como punto de partida de su argumentación el principio de primacía del derecho de la Unión Europea, el Tribunal Constitucional reconoce los efectos *ex tunc* de las Sentencias dictadas por el TJUE en los recursos de incumplimiento recordando, finalmente, como obligación inherente al principio de primacía la de los jueces nacionales de inaplicar la disposición nacional –posterior o anterior– contraria al derecho de la Unión.

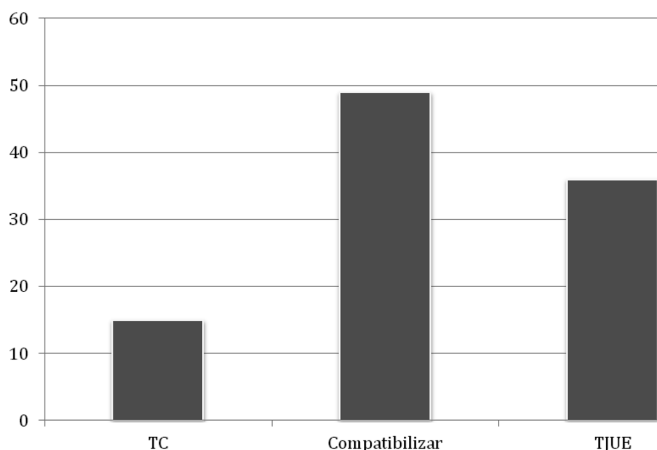
La trascendencia de esta última doctrina adquiere mayor dimensión si se contrasta con un pronunciamiento anterior (por escasos días) de la Sala Tercera, Sección 7ª, del Tribunal Supremo de 23 mayo 2012. A los efectos de determinar las consecuencias de una Sentencia del TJUE que declaró un incumplimiento contra España, la sentencia se sitúa en una órbita diferente a la que traza la referida STC 125/2012 al proclamar, primero, que *«la nulidad de una norma con rango de Ley sólo puede producirse, en su caso, por contradicción con la Constitución (artículo 93 CE), y es claro que en nuestro sistema legal el ordenamiento comunitario, ni originario ni derivado, tiene rango constitucional»*; segundo, que *«la plena validez de la Ley 4/1999... no queda afectada por la STJUE»* (pese a que la declaración de incumplimiento se fundamentó precisamente en la expresada Ley); tercero que *«la Administración por imperio del artículo 103.1 CE, dada su plena sumisión a la ley, no podría dejar de aplicar en el caso concreto la Ley 4/1999»*; y, en cuarto lugar, *«que el hecho de que la Ley 4/1999 fuese contraria al Derecho de la Unión Europea, no determina de por sí una carencia de los requisitos esenciales para la concesión, estando ésta, como estaba, cubierta por la Ley nacional»*. Implícitamente, y de manera desafortunada, este *corpus* argumental conduce a negar efectos *ex tunc* a la STJUE que declaró el incumplimiento de las obligaciones comunitarias de España sobre la base, precisamente, de la Ley 4/1999.

Como último indicador de la europeización de los jueces, nos preguntamos cuál sería su comportamiento en el caso de que una decisión del TJUE y otra del Tribunal Constitucional español entraran en conflicto en alguna materia de derecho europeo. No se trata de una hipótesis de laboratorio, al existir ejemplos de cierta tensión –en el plano de los principios y de sus efectos jurídicos– entre los pronunciamientos de algún Tribunal Constitucional y las normas y

jurisprudencia de la Unión. Así, en el asunto *Filipiak*³⁰, bajo la égida de la primacía del derecho europeo, el TJUE habilitó a un juez nacional a dejar de aplicar de modo inmediato una Ley contra la doctrina de su propio Tribunal Constitucional, toda vez que, no obstante haber sido declarada esa Ley contraria al principio de igualdad y también al derecho europeo, el Tribunal Constitucional nacional había limitado –y pospuesto a partir de una determinada fecha– los efectos de su pronunciamiento de inconstitucionalidad. Además, ante la disyuntiva del juez de plantear primero cuestión prejudicial ante Luxemburgo o, en su caso, una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, ciertas pautas pueden derivarse, entre otras, de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Arcelor*³¹ y *Melki*³².

En principio, como es sabido, los jueces españoles como jueces europeos están obligados a seguir la interpretación del Tribunal de Justicia en caso de conflicto. No obstante, *de facto* podemos constatar que los jueces podrían actuar de manera muy diversa. Si observamos el gráfico n° 11 se puede apreciar que un 36% de los jueces españoles seguirían la interpretación del TJUE tal como se espera. Sin embargo, existe un 15% de los jueces que optarían por apoyar la opinión del Tribunal Constitucional. Asimismo, es curiosa la posición adoptada por parte de un 49% de los jueces que optarían por una posición intermedia en la cual se compatibilizan ambas opiniones. Dicha decisión puede venir fundamentada para evitar desautorizar al TC al mismo tiempo que mantiene su obligación de aplicar el derecho europeo.

Gráfico 11: Resolución por parte de los jueces de conflictos doctrinales entre el TJUE y el TC (%)



n=110

A tenor de estos resultados, podría resultar de gran interés subrayar la experiencia comparativa que puede tener un juez español o que pueda percibir este

30. STJ, de 19.11.2009, as. *Filipiak* (C-314/08).

31. STJ, de 16.12.2008, as. *Arcelor* (C-127/07).

32. STJ, de 22.6.2010, as. *Melki* (C-188/10 y 189/10).

juez para el caso de acudir al Tribunal Constitucional o de hacerlo al Tribunal de Justicia. A tal efecto, esta comparación puede ilustrarse a partir de dos asuntos muy similares de los que conocen los jueces españoles y que muy recientemente acaban de ser resueltos siguiendo procedimientos distintos por el Tribunal de Justicia (asunto *Elbal Moreno*)³³ y por el Tribunal Constitucional español (asunto *Soneira Fraga*)³⁴.

El asunto *Elbal Moreno* llegó al Tribunal de Justicia como consecuencia de una cuestión prejudicial planteada en 2011 por un Juzgado de lo Social de Barcelona y fue resuelto por el Tribunal de Justicia en 2012. En el asunto *Soneira Fraga* fue el Tribunal Superior de Justicia de Galicia el que en 2003 planteó una cuestión de inconstitucionalidad que no fue resuelta hasta el 2013 por el Tribunal Constitucional. Los dos asuntos se refieren a la misma cuestión de fondo vinculada al cálculo de la pensión de trabajadoras a tiempo parcial y a las que se les había denegado la pensión de jubilación por no haber alcanzado un periodo de cotización mínimo de 15 años. En el caso de la Sra. Isabel Elbal Moreno, limpiadora de una comunidad de propietarios durante 18 años, a jornada parcial de 4 horas a la semana, y en el caso de la Sra. María Soneira Fraga había cotizado a tiempo parcial de 1988 a 1999 con una jornada del 18,4% de la jornada habitual de la empresa.

Ante hechos prácticamente idénticos la estrategia de los dos tribunales que conocen de ambos asuntos, el Juzgado catalán y el Tribunal gallego, son distintas y respecto de las mismas quisiéramos destacar solo tres aspectos que son determinantes: la accesibilidad a estos dos tribunales, europeo y constitucional español, el tiempo de los procedimientos del reenvío prejudicial y de la cuestión prejudicial y los resultados de las sentencias dictadas en Luxemburgo y en Madrid.

En cuanto a la accesibilidad, no hay duda de que, si bien ambos tribunales aplican determinadas normas frente al abuso o a la falta de fundamentación del reenvío prejudicial o de la cuestión de inconstitucionalidad, lo cierto es que procedimentalmente el reenvío al Tribunal de Justicia es sumamente sencillo y no plantea otros problemas que no estén vinculados al fondo o, excepcionalmente, para los supuestos de utilización inadecuada del reenvío prejudicial (cuestiones hipotéticas, datos incompletos o fundamentación muy defectuosa); además el Tribunal de Justicia solo de manera excepcional inadmite un reenvío prejudicial. En cambio, la cuestión de inconstitucionalidad, sin perjuicio de ser muy sencilla, requiere ineludiblemente un procedimiento previo y cumplir inexcusablemente con un trámite de audiencia a las partes que el Tribunal aplica rígidamente; e incluso cuando se cumplen los requisitos procedimentales la evolución posterior del ordenamiento jurídico determina la pérdida sobrevenida del objeto de la cuestión³⁵. Pero, de manera especial, la regla general, de modo particular a partir de la reforma de 2007, es que solo de manera excepcional

33. STJ, de 22.11.2012, as. *Elbal Moreno* (C-385/11).

34. STC 61/2013, de 14.3.2013, as. *Soneira Fraga*.

35. STC 23/2013, de 29.1.2013.

responderá el Tribunal Constitucional y de modo habitual utiliza su doctrina sobre «cuestión notoriamente infundada»³⁶. Por tanto, la comparación arroja un saldo muchísimo más favorable a Luxemburgo que a Madrid por ser más accesible el Tribunal de Justicia de la Unión que el Tribunal Constitucional español.

Por lo que se refiere al tiempo ya hemos subrayado que la cuestión prejudicial tiene una duración en el caso *Elbal Moreno* de unos 15 meses (desde el 4 de julio de 2011 en que dicta el auto el juez barcelonés hasta el 22 de noviembre de 2012 en que se pronuncia el Tribunal de Luxemburgo). En el caso *Soneira Fraga* la cuestión de inconstitucionalidad se demora casi diez años desde que el tribunal gallego dicta el 13 de septiembre de 2003 el auto planteando la cuestión de inconstitucionalidad hasta la sentencia de 14 de marzo de 2013, es decir, 114 meses. Los 99 meses de diferencia en asuntos tan sensibles socialmente (la Sra. Soneira Fraga había visto rechazada administrativamente su pensión de jubilación en 1999) resultan inaceptables.

Y, en fin, los efectos que se producen como consecuencia de utilizar una u otra vía son, desde luego, determinantes de seguir la estrategia de Luxemburgo o la estrategia de acudir a Madrid. Esquemáticamente y desde la perspectiva del juez español se puede decir que el resultado de una cuestión prejudicial será la anulación de una norma reglamentaria o la inaplicación de una norma con rango de ley. En cambio, el resultado de la cuestión de inconstitucionalidad es la anulación del precepto legal contrario a la Constitución y cuya nulidad declara el propio Tribunal Constitucional.

En el caso de la cuestión prejudicial de la sentencia *Elbal Moreno* la respuesta del Tribunal de Justicia es que la Ley General de la Seguridad Social española resulta, en cuanto se refiere al cálculo de la pensión de jubilación, contraria al artículo 4 de la Directiva 79/7 sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social en la medida en que la normativa española «exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada» (apartado 38).

En virtud de la sentencia *Soneira Fraga* el Tribunal Constitucional anula la DA 7^a.1.2 de la Ley General de la Seguridad Social en la medida en que «vulnera el art. 14 CE, tanto por lesionar el derecho a la igualdad, como también, a la vista de su predominante incidencia sobre el empleo femenino, por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo» (FJ 6). Además, el Tribunal Constitucional se apoya expresamente en la sentencia *Elbal Moreno* para llegar a la conclusión de la inconstitucionalidad y consiguiente anulación de la norma con rango de ley; a tal efecto, el Tribunal Constitucional subraya: «Dentro, pues, de estos parámetros, es indudable la relevancia que adquiere el

36. Auto TC 237/12, de 11.12.2012 (FJ 2).

criterio seguido en la ya referida STJUE de 22 de noviembre de 2012, asunto *Elbal Moreno*, relativa, como se ha dicho, a los mismos elementos normativos que son objeto de consideración en la cuestión de inconstitucionalidad que ahora nos ocupa» (FJ 5).

IV. CONCLUSIÓN

Los resultados han mostrado unos jueces españoles cuya europeización es mayoritaria a la hora de aceptar su papel como juez europeo y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Este nivel de europeización se manifiesta a través del conocimiento y aceptación de las consecuencias que comportan la aplicación del derecho europeo en los jueces, y en el ordenamiento y estructura judicial. Aunque el reconocimiento del rol como juez europeo es generalizado, dicha identificación parece reforzarse en ciertas circunstancias específicas, como son la actividad de los jueces en jurisdicciones donde las normas aplicadas están altamente armonizadas (como ocurre en la jurisdicción contencioso-administrativa). Asimismo, se ha observado la necesidad de otros actores e instituciones (por ejemplo, las redes judiciales) y recursos telemáticos para capacitar o facilitar a los jueces su labor como juez descentralizado del sistema judicial de la UE.

No obstante, tal como se ha podido identificar, existen todavía dinámicas nacionales que limitan el grado de europeización del juez nacional y su labor como juez de la Unión encargado de integrar, de manera descentralizada, el derecho europeo en el ordenamiento jurídico nacional. Entre ellas destaca la posición ambigua del Tribunal Constitucional hacia la integración del derecho de la Unión a nivel nacional. En este sentido, el Tribunal Constitucional, que fue desde el primer momento un adalid de la europeización del derecho español, parece haberse quedado en los últimos años más atrás que los jueces ordinarios, encerrado en discusiones bizantinas, sufriendo un irremediable colapso institucional y manteniendo una mal entendida supremacía que el planteamiento de la ya citada cuestión prejudicial en el asunto *Melloni* parece haber suavizado³⁷. De modo que, el Tribunal Constitucional, autolimitado en su diálogo con los tribunales ordinarios españoles y con grandes dificultades para cooperar con los tribunales europeos, resulta relegado en esta tarea de transformación y cambio del derecho y de los jueces españoles.

Los indicadores manejados en este trabajo muestra el grado de implicación europea de los jueces españoles. Ahora bien, en una Europa de 28 miembros, las incertidumbres y los retos que presenta la correcta aplicación del derecho de la Unión Europea por los jueces, quizás no sean tan diferentes según en el Estado al que pertenezcan.

La información, la responsabilidad por una adecuada formación y, en defi-

37. ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «Derechos fundamentales, Derecho comunitario y Tribunal Constitucional español: "o cómo salir del laberinto"», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 3, 2003, pp. 1578-1595.

nitiva, la correcta asimilación de los principios desarrollados pretorianamente por el Tribunal de Justicia a lo largo de sus más de 50 años de historia, ofrecen las claves para que el juez nacional asuma con naturalidad el protagonismo que está llamado a desempeñar en la aplicación del Derecho de la Unión Europea.