

UN PASO MÁS EN LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL TERCER PILAR DE LA UNIÓN EUROPEA LA SENTENCIA *MARIA PUPINO* Y EL EFECTO DIRECTO DE LAS DECISIONES MARCO

Daniel Sarmiento*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA SENTENCIA *MARIA PUPINO*: HECHOS, ARGUMENTACIÓN Y FALLO. III. LOS “EFECTOS COLATERALES” DE LAS DECISIONES MARCO A PARTIR DE LA SENTENCIA *MARIA PUPINO*: EL EFECTO DIRECTO HORIZONTAL Y LA OBLIGACIÓN DE INTERPRETACIÓN CONFORME. IV. LOS HORIZONTES A PARTIR DE *MARIA PUPINO*. V. UN ALTO EN EL CAMINO, ANTES DE LLAMAR A LAS PUERTAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. VI. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE EL SISTEMA DE ACTOS DEL TERCER PILAR. VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La Sentencia *Maria Pupino* (C-105/03), dictada por el Tribunal de Justicia el 16 de junio de 2005, ha supuesto un importante avance en la gradual constitucionalización del Derecho de la Unión Europea. No sólo ha reforzado el carácter normativo del sistema de actos del Tercer Pilar, sino que también ha fortalecido el deber de cooperación leal de los Estados miembros, sea cual sea el ámbito de actuación de las Instituciones europeas.

El asunto aborda el carácter normativo de las Decisiones Marco, previstas como actos de las Instituciones en el Tercer Pilar, cuando sus contenidos pueden tener consecuencias interpretativas en la resolución de un caso ante los Tribunales nacionales. El Tribunal tuvo en cuenta que el artículo 34.2.b) del Tratado de la Unión Europea veda el efecto directo de las Decisiones Marco, pero, siguiendo su línea jurisprudencial en materia de Directivas con efectos *inter privatos*, reconoció que las Decisiones Marco pueden generar efectos interpretativos que condicionen el resultado de un caso concreto. Como se verá a continuación, el reconocimiento de este efecto conlleva, prácticamente, la aplicabilidad de la Decisión Marco y su invocación allá donde el legislador nacional haya guardado silencio o dejado un margen de maniobra interpretativa.

* Doctor en Derecho (Universidad Complutense de Madrid). Asesor del Secretario de Estado de Relaciones con las Cortes. Ministerio de la Presidencia.

Pero el asunto resulta también de la máxima importancia por sus repercusiones en el desarrollo del Tercer Pilar de la Unión Europea, así como por las implicaciones constitucionales que este nuevo impulso tendrá en el desarrollo de la Unión y la Comunidad. De la misma manera, la Sentencia se adentra en el debate sobre el control de constitucionalidad de los actos procedentes del Tercer Pilar, en el que se plantean múltiples dudas sobre los actores competentes y las relaciones que deben entablarse entre ellos.

En este artículo analizaré el contenido de la Sentencia y la situaré en su contexto más inmediato, que no es otro que el sistema de fuentes del Tercer Pilar y su relación con los actos adoptados en el seno de la Comunidad Europea. A continuación mostraré las implicaciones que tiene esta nueva concepción de la Decisión Marco desde una perspectiva algo más amplia, mostrando las repercusiones que tendrá en el Segundo Pilar, en las régimen de responsabilidad de los Estados miembros y en el conjunto de actos adoptados en el Tercer Pilar. Finalmente, situaré la Sentencia *Pupino* en su contexto constitucional y la estudiaré a la luz de los recientes pronunciamientos de los Tribunales Constitucionales sobre una destacada Decisión Marco: la relativa a la orden de detención europea. Este debate me servirá para darle un significado especial a la Sentencia *Pupino*, y proponer una vía de conciliación entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales de cara al conflictivo futuro que nos depara el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

II. LA SENTENCIA MARIA PUPINO: HECHOS, ARGUMENTACIÓN Y FALLO.

A Maria Pupino, profesora de un colegio de primaria, se le imputaba la comisión de varios delitos de “abuso de medidas disciplinarias” y “lesiones agravadas”, tipificados por la legislación penal italiana. Las víctimas de su conducta presuntamente delictiva eran menores de edad, todos ellos alumnos de Maria Pupino.

Durante la fase de instrucción surgió una duda sobre la aplicabilidad de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. A tenor de lo dispuesto por la legislación procesal italiana, el Ministerio Fiscal o el imputado en un proceso penal “podrán solicitar que se practique, mediante incidente probatorio, la prueba testifical de una persona menor de dieciséis años, incluso al margen del incidente probatorio ordinario, previsto para la fase del juicio oral”¹. De esta manera, la víctima puede testificar en un momento procesal distinto al habitual y en condiciones especiales. Tal momento puede ser, como en el caso de autos, la fase de instrucción.

¹ Este incidente procesal garantiza una especial protección a las víctimas menores de edad, al establecer que “el examen podrá tener lugar fuera de la sede del tribunal, en centros asistenciales especializados o, en su defecto, en el domicilio del menor. Las declaraciones testificales deberán ser documentadas en su integridad con medios de reproducción fonográfica y audiovisual. En caso de no disponer de aparatos de grabación o de personal técnico, el Juez recurrirá a peritos o recabará asesoramiento técnico. Además, se levantará acta del interrogatorio. Sólo se procederá a la transcripción de lo grabado a instancia de parte.”

La clave del asunto reside en el artículo 392.1.bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal italiana, donde se especifica que este incidente probatorio extraordinario, al margen del general, sólo podrá desarrollarse “en los procesos relativos a los delitos contemplados en los artículos [relativos a delitos contra la libertad sexual o de carácter sexual]”². Por tanto, en un proceso penal como el iniciado contra la Sra. Pupino, donde los delitos imputados se refieren al abuso de medidas disciplinarias y a las lesiones agravadas, pero no a conductas de carácter sexual, se excluiría *a priori* la aplicación del incidente probatorio especial del artículo 392.1.bis.

Durante la fase de instrucción, el Ministerio Fiscal solicitó al Juez instructor que tomara declaración a ocho menores, testigos y víctimas de los delitos que se atribuían a Maria Pupino. Tratándose de la instrucción, el Ministerio Fiscal sólo podía amparar su petición en el artículo 392.1.bis antes citado, cuya literalidad dejaba clara su aplicación únicamente para aquellos delitos relativos a la libertad sexual o de carácter sexual. Con todo, el juez instructor entendió que los supuestos de aplicación del artículo 392.1.bis eran excesivamente restrictivos, especialmente si se analizaba la cuestión a la luz de los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión Marco 2001/220/JAI.

En efecto, los preceptos invocados de la Decisión Marco establecen una serie de obligaciones a cargo de los Estados miembros, a los que se les exige unas previsiones procesales respetuosas con los intereses de los menores. En especial, el artículo 8 de la Decisión Marco establece lo siguiente:

“Los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho”³.

² Art.392.1.bis. “En los procesos relativos a los delitos contemplados en los artículos 600 *bis*, 600 *ter*, 600 *quinquies*, 609 *bis*, 609 *ter*, 609 *quater*, 609 *quinquies* y 609 *octies* del Código Penal [relativos a delitos contra la libertad sexual o de carácter sexual], el Ministerio Fiscal o el imputado podrán solicitar que se practique, mediante incidente probatorio, la prueba testifical de una persona menor de dieciséis años, incluso fuera de los supuestos previstos en el apartado 1.”

³ Aunque este sea el precepto sobre el que se sustenta la reclamación principal de la fiscalía, se alegaron igualmente los artículos 2 y 3 de la Decisión Marco, en los que se establecen las líneas directrices del texto:

“Artículo 2.

1. Los Estados miembros reservarán a las víctimas un papel efectivo y adecuado en su sistema judicial penal. Seguirán esforzándose por que las víctimas sean tratadas durante las actuaciones con el debido respeto a su dignidad personal, y reconocerán sus derechos e intereses legítimos en particular en el marco del proceso penal.

2. Los Estados miembros velarán por que se brinde a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación.”

“Artículo 3

Los Estados miembros garantizarán a la víctima la posibilidad de ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba.

Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que sus autoridades sólo interroguen a la víctima en la medida necesaria para el proceso penal.”

La Decisión Marco 220/220/JAI debía estar incorporada en el ordenamiento nacional “a más tardar el 22 de marzo de 2002”. El órgano instructor italiano adoptó el auto de remisión el 3 de febrero de 2003, por lo que el acto europeo podía surtir efectos en el contexto excepcional de una situación “patológica”, dado el vencimiento de plazo para su transposición. Ahora bien, la dicción del artículo 34.2.b) del TUE es tajante a la hora de definir los efectos de las Decisiones Marco. Así, tras definir este tipo de actos como aquellos que “obligarán a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”, añade de forma contundente: “No tendrán efecto directo”.

El Tribunal de Justicia fue igualmente tajante en su respuesta. Tras realizar una comparación entre el artículo 249 TCE, en su regulación de la Directiva como acto típico comunitario, y el artículo 34 TUE y su definición de las Decisiones Marco, el Tribunal consideró que la obligatoriedad jurídica de ambos actos es idéntica:

“33. En primer lugar, debe señalarse que la redacción del artículo 34 UE, apartado 2, letra b), está directamente inspirada en la del artículo 249 CE, párrafo tercero. El artículo 34 UE, apartado 2, letra b), confiere carácter vinculante a las decisiones marco en el sentido de que éstas «obligarán» a los Estados miembros «en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios».

34. El carácter vinculante de las decisiones marco, formulado en términos idénticos a los del artículo 249 CE, párrafo tercero, supone para las autoridades nacionales y, en particular, para los órganos jurisdiccionales nacionales, la obligación de interpretación conforme del Derecho nacional.”

En apoyo de esta conclusión, el Tribunal ofrece otros criterios que avalan su decisión. Apelando a la voluntad de los Estados miembros y a la filosofía latente en la paulatina evolución del espacio de libertad, seguridad y justicia, el Tribunal afirma lo siguiente:

“36. En efecto, con independencia del grado de integración que el Tratado de Ámsterdam pretende que se alcance en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa en el sentido del artículo 1 UE, párrafo segundo, es perfectamente comprensible que los autores del Tratado de la Unión Europea hayan considerado necesario prever, en el título VI de dicho Tratado, el recurso a instrumentos jurídicos que produzcan efectos análogos a los previstos en el Tratado CE, con objeto de contribuir eficazmente a la consecución de los objetivos de la Unión.

37. La importancia de la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 35 UE viene confirmada por el hecho de que, en virtud del apartado 4 de éste, cualquier Estado miembro, hubiere realizado o no una declaración con arreglo al apartado 2 de dicho artículo, estará facultado para presentar memorias u observaciones por escrito ante el

Tribunal de Justicia en asuntos de los contemplados en el apartado 1 de la misma disposición.

38. Dicha competencia se vería privada de la esencia de su efecto útil si los particulares no tuvieran derecho a invocar las decisiones marco a fin de obtener una interpretación conforme del Derecho nacional ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.”

Habiendo reconocido la identidad normativa entre la Directiva y la Decisión Marco, el Tribunal abre así las puertas a una aplicación de su propia jurisprudencia sobre la Directiva⁴. Bien es cierto que el Tribunal ha reconocido el efecto directo de aquellas Directivas incondicionales y precisas, cuyos contenidos no hayan sido adaptados al ordenamiento nacional o lo hayan sido de forma defectuosa, y sean invocables ante el poder público. La prohibición del artículo 34.2.b) TUE parece ir en esta dirección, prohibiendo el efecto directo de las Decisiones Marco en este supuesto que se acaba de mencionar. Pero de la misma manera, el Tribunal también ha reconocido otro tipo de efecto, el *interpretativo*, que permite a todas las Directivas, incluidas las que no gozan de efecto directo, desplegar consecuencias jurídicas⁵. Así, cuando la Directiva cumpla las condiciones antes enumeradas, pero su efecto se produzca con carácter horizontal, *inter privatos*, el Tribunal de Justicia ha reconocido que los órganos jurisdiccionales tienen una obligación de interpretación conforme con la Directiva. Este mandato, consagrado en la Sentencia *Marleasing*, es el que el Tribunal extrapola a la Decisión Marco en el fundamento 43 de la Sentencia *Maria Pupino*:

“43. A la luz de todas las consideraciones precedentes, es preciso concluir que el principio de interpretación conforme se impone respecto de las decisiones marco adoptadas en el marco del título VI del Tratado de la Unión Europea. *Al aplicar el Derecho nacional, el órgano jurisdiccional remitente que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la decisión marco, para, al efectuar dicha*

⁴ Al mismo resultado llegó la Abogado General Kokott en sus Conclusiones al asunto *Pupino*: “las decisiones marco a que se refiere el Derecho de la Unión son, en su estructura, en gran parte idénticas a las directivas del Derecho comunitario. Conforme al artículo 34 UE, apartado 2, letra b), las decisiones marco obligan a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. Aunque excluye expresamente que tengan efecto directo, al menos la obligatoriedad del resultado se corresponde literalmente con la impuesta en el artículo 249 CE, párrafo tercero, que, entre otros motivos, ha dado ocasión al Tribunal de Justicia para desarrollar la doctrina de la interpretación conforme con las directivas.”

⁵ La Abogado General, en las Conclusiones antes citadas, definió los términos de este efecto de la siguiente manera: “Los criterios básicos de la interpretación conforme que resultan de la jurisprudencia reiterada pueden resumirse del modo siguiente: los artículos 249 CE, párrafo tercero, y 10 CE y todas las Directivas obligan a los Estados miembros, es decir, a todos los depositarios del poder público, incluidos los órganos jurisdiccionales, a alcanzar los objetivos perseguidos por las Directivas, adoptando todas las medidas, generales o particulares, apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación. De ello se deduce que, al aplicar el Derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para alcanzar el resultado perseguido y, de esa forma, atenerse a ella.”

interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la decisión marco y de esta forma atenerse al artículo 34 UE, apartado 2, letra b)”.

Aplicando la doctrina de la interpretación conforme al caso concreto, el Tribunal entiende que el incidente procesal previsto en el artículo 392.1.bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal italiana contiene una enumeración de delitos constitutiva de un listado no exhaustivo. Por tanto, en una interpretación de la ley procesal a la luz de la Decisión Marco objeto de debate, el incidente procesal debe estar a disposición de la víctima en un supuesto como el presente.

En palabras del propio Tribunal:

“los artículos 2, 3 y 8, apartado 4, de la Decisión marco deben interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que, como en el asunto principal, alegan haber sido víctimas de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta. El órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Decisión marco (fundamento 61 y fallo)”.

III. LOS “EFECTOS COLATERALES” DE LAS DECISIONES MARCO A PARTIR DE LA SENTENCIA *MARIA PUPINO*: EL EFECTO DIRECTO HORIZONTAL Y EL DEBER DE INTERPRETACIÓN CONFORME.

La Sentencia *Maria Pupino* abre todo un abanico de posibilidades en el sistema de fuentes diseñado por el TUE. Aunque la Decisión Marco sea un instrumento propio y exclusivo del Tercer Pilar, no deja de ser sorprendente que el Tribunal haya tenido la valentía de formular un fallo judicial tan contundente en un terreno tan poco dado a las decisiones contundentes. La Sentencia lanza una señal de firmeza a los Estados miembros, advirtiéndoles de las consecuencias derivadas de la adopción de actos en un pilar inter-gubernamental. De la misma manera, el Tribunal abre las puertas a una gradual “comunitarización” de los terrenos inter-gubernamentales allá donde el TUE se lo permita, con las consecuencias jurídicas y políticas que ello tiene a la hora de hacer cumplir los actos adoptados en esos ámbitos.

Estos importantes efectos de la Sentencia se pueden observar mejor si analizamos con detalle las consecuencias que se derivarán de la misma en el plano normativo. Primero limitaremos nuestro análisis a los efectos que tendrá la Sentencia sobre las Decisiones Marco, para posteriormente ampliar nuestro terreno de estudio y analizar estos efectos en el conjunto del sistema de fuentes.

1. La obligación de interpretación conforme y los difusos contornos de la interpretación *contra legem*.

Como es bien sabido, el efecto directo de las Directivas es una característica extraordinaria que tiene por objeto solventar una patología del sistema de fuentes. Las Directivas no tienen efecto directo, pues su aplicabilidad se predica únicamente de las normas nacionales que las transponen. El reconocimiento de dicho efecto trae causa de una jurisprudencia creativa del Tribunal de Justicia, en la que se pretendió contribuir a una mejor aplicación del ordenamiento europeo, contando con la complicidad de los Tribunales nacionales. Así, cuando el Estado miembro hubiera transpuesto defectuosamente una Directiva, o cuando, simple y llanamente, no la hubiera adaptado a su ordenamiento, el Tribunal de Justicia entendió que la Directiva podía ser invocada ante el juez nacional⁶. Si la Directiva confería derechos en términos precisos e incondicionales, y tales derechos se esgrimían frente al poder público (legislativo, ejecutivo o judicial), los particulares que venían llamados a disfrutar de tales derechos podían exigirlos ante sus Tribunales nacionales⁷.

Tal como puede deducirse de esta esquemática descripción, las Directivas que crean derechos en una relación *no vertical* (ciudadano-Estado) sino *horizontal* (ciudadano-ciudadano) no gozan de efecto directo. En la medida en que la Directiva va siempre dirigida al Estado y no al particular, debe ser aquél quien asuma la responsabilidad del incumplimiento⁸. Esta limitación a la eficacia horizontal cuenta, no obstante, con una medida correctiva que permite al particular ser resarcido. Si no puede esgrimir los derechos de la Directiva frente a un particular, sí que podrá ejercer una acción de responsabilidad patrimonial contra su Estado por infracción del Derecho comunitario⁹. Si el Estado ha transpuesto defectuosamente, o no ha transpuesto, el particular no podrá dirigirse contra otro particular si la Directiva otorga derechos de manera clara, incondicional y precisa, pero sí que podrá ejercer la acción de responsabilidad patrimonial contra el Estado que ha causado esta situación.

Asimismo, el Tribunal diseñó una segunda salida a las limitaciones del efecto directo horizontal, aprovechando su jurisprudencia anterior sobre los efectos

⁶ Una jurisprudencia que ha sido analizada y descrita en innumerables ocasiones por la doctrina. Entre otros, cfr. ALONSO GARCÍA, R., *Derecho comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Madrid, 1994, pgs. 267 y ss; ARNULL, A., *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, 1999, pgs. 120 y ss; BELLIDO, M., *La directiva comunitaria*, Madrid, 2003; PRECHAL, S., *Directives in European Community Law*, Oxford, 2ª ed., 2005; RUIZ-JARABO COLOMER, D., *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, 1993, pgs. 127 y ss; SIMON, D., *La Directive européenne*, Paris, 1997.

⁷ Este carácter “sancionador” del efecto directo de las Directivas aparece ya en la Sentencia *Ratti*, 148/78, de 5-4-1979: “un Estado miembro que no haya adoptado, dentro del plazo, las medidas de ejecución impuestas por la directiva, no puede oponer a los particulares el incumplimiento, por él mismo, de las obligaciones que comporta”, por lo que “una jurisdicción nacional que conoce de una demanda interpuesta por un justiciable que ha actuado conforme a las disposiciones de una directiva no introducida en el ordenamiento jurídico interno por un Estado miembro, debe atender a tal demanda si la obligación de que se trate es incondicional y suficientemente precisa”.

⁸ En los conocidos términos de la Sentencia *Marshall*, 152/84, de 26-2-86, “debe ponerse énfasis en que, de acuerdo con el artículo 189 [hoy 249] del Tratado, la naturaleza obligatoria de la directiva, que constituye la base de la posibilidad de invocarla ante un tribunal nacional, existe sólo con relación a ‘cada Estado miembro al que se dirige’. De donde se sigue que una directiva no puede imponer por sí misma obligaciones a un individuo, y a una disposición de una directiva no puede invocarse en cuanto a tal frente a dicha persona”.

⁹ Cfr. las Sentencias *Francovich*, C-6 y 9/90, de 19-11-1991 y *Brasserie*, C-46 y 48/93, de 5-3-1996.

interpretativos de las Directivas. Al estrechar los límites del principio de cooperación leal, la sentencia *Harz*¹⁰ estableció que las Directivas que no surtían efectos *inter privatos* podían generar, no obstante, un efecto interpretativo. Una cosa es que se apliquen en el caso concreto, y otra bien distinta es su uso interpretativo en el proceso hermenéutico que afecta al Derecho nacional. Surge así lo que el Tribunal denominó “el deber de interpretación conforme”, que alcanza su máxima expresión en la conocida sentencia *Marleasing*. En palabras del propio Tribunal:

“la obligación de los Estados miembros, dimanante de una directiva, de alcanzar el resultado que la misma prevé, así como su deber, conforme al artículo 5 del Tratado, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, en el marco de sus competencias, de las autoridades judiciales. De ello se desprende que, al aplicar el Derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado”¹¹.

Ahora bien, la interpretación conforme del ordenamiento nacional con la Directiva, unida a la correspondiente obligación de hacer “todo lo posible” por interpretar dicho ordenamiento a la luz de la norma europea, puede llevarnos a situaciones muy dispares. El grado de creatividad depositado en manos del juez nacional podría parecer muy amplio, pero también podría entenderse que queda muy reducido¹². La opción por la que se decanta el Tribunal, y que anima al juez nacional a adoptar, se deduce con claridad de los hechos y fallo del asunto *Marleasing*.

En efecto, para el Tribunal de Justicia la interpretación conforme es nada menos que rozar el efecto directo de la Directiva, siempre que ello no conduzca al juez nacional a realizar una interpretación *contra legem* del Derecho nacional. Así, en el asunto *Marleasing*, en el que se planteaba la compatibilidad con el Derecho comunitario de la falta de causa como supuesto de nulidad de las sociedades mercantiles, el Tribunal animó al juez nacional a que inaplicara los artículos 1261 y 1275 del Código Civil e interpretara el ordenamiento español de tal forma que quedara descartada dicha causa de

¹⁰ Asunto *Harz*, 79/83, de 10-4-1984.

¹¹ Asunto *Marleasing*, C-106/89, de 13-11-1990, fundamento 8.

¹² De hecho, el Tribunal podría haber optado por la fórmula que escogió para reconocer efectos jurídicos al *soft law* comunitario. Así, en el asunto *Grimaldi*, C-322/88, de 13-12-1989, el Tribunal estimó que “los jueces nacionales están obligados a tener en cuenta las recomendaciones a la hora de resolver los litigios de que conocen, sobre todo cuando aquéllas ilustran acerca de la interpretación de disposiciones nacionales adoptadas con el fin de darles aplicación, o también cuando tienen por objeto completar las disposiciones comunitarias dotadas de fuerza vinculante”. Entre el “hacer todo lo posible” de *Marleasing* y la obligación de “tener en cuenta” de *Grimaldi*, no puede esconderse que el Tribunal pudo haber resuelto el asunto *Pupino* en un sentido (fuerte) o en otro (débil). Como se verá a continuación, la Sentencia *Pupino* opta por el primero.

nulidad¹³. El Tribunal de Justicia incurrió en un error de bulto al entender que la remisión que hace el Código de Comercio al Derecho común, y por tanto a los artículos citados del Código Civil, generaba una aplicación analógica de dicho precepto en el ámbito mercantil. Muy al contrario, lo que realiza nuestro ordenamiento mercantil no es una llamada a la analogía, sino una aplicación por remisión del Derecho común, con lo que no podemos hablar, en sentido estricto, de una laguna¹⁴. Pero el Tribunal entendió que sí había laguna en el Derecho español, y que en la medida en que la analogía era una solución hermenéutica en manos del juez nacional, éste debía solucionar el caso acudiendo, en primer lugar, al mandato interpretativo del Derecho comunitario. De esta manera el juez nacional vio justificada la inaplicación de los artículos 1261 y 1275 del Código Civil, evitando así la declaración de nulidad de la sociedad demandada.

Como puede verse, afirmar que debe realizarse una interpretación conforme siempre que no se haga una aplicación contraria al Derecho interno, es prácticamente una llamada a la aplicación de la Directiva. La argumentación del Tribunal pretende compensar las insuficiencias del Derecho comunitario con una patología del Derecho nacional: en la medida en que éste encuentra una laguna, o al menos no cierra las puertas de forma frontal a una aplicación de la Directiva, la escasa aplicabilidad de ésta queda compensada con una interpretación que la lleva a los confines del efecto directo.

La jurisprudencia *Marleasing* ha sido recibida con diversidad de opiniones en la doctrina¹⁵, pero también en el seno del propio Tribunal¹⁶. Los contornos precisos de la interpretación conforme han conocido varios vaivenes en las distintas Salas del Tribunal, pero recientemente, en el asunto *Pfeiffer*¹⁷, una Sentencia de la Gran Sala confirmó los términos de *Marleasing*¹⁸. Aún así, la doctrina sigue sin encontrar una

¹³ El asunto *Marleasing* se resolvió con anterioridad a la entrada en vigor de la actual Ley de Sociedades Anónimas, por lo que las normas de prelación de fuentes aplicables en ese momento eran las contenidas en el Código de Comercio.

¹⁴ Tal como apunta ALONSO GARCÍA, R., *El juez español y el Derecho comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, 2002, pg. 187, “Adviértase que el Código Civil, con sus reglas de Derecho común, se aplicaba, por remisión del Código de Comercio, en ausencia de reglas mercantiles, lo que era el caso al carecer la Ley española de Sociedades Anónimas de 1951 de preceptos en materia de nulidades; con otras palabras, se trataba de cotejar la Directiva no con una legislación específicamente societaria que previera alguna causa de nulidad no enunciada en aquella sino con una legislación común (en materia de contratos) que se aplicaba en ausencia de reglas especiales (en materia de constitución de sociedades).”

¹⁵ Se ha pronunciado en contra una voz tan destacada como la de PESCATORE, P., *Monismo, dualismo y “efecto útil” en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, REDE núm. 9, pgs. 12 y 13: “la doctrina ha estado muy ocupada, en nombre del ‘efecto directo horizontal’, por hacer avanzar la causa del efecto directo de las directivas – teorías sin ninguna esperanza porque son incompatibles con el sistema legislativo del Tratado CE.”

¹⁶ No han sido pocos los Abogados Generales que han dudado de la necesidad de acudir al expediente del efecto interpretativo, cuando lo más eficaz habría sido reconocer efecto directo a las normas aplicables en relaciones entre particulares. Esta fue la tesis sostenida por los Abogados Generales Van Gerven y Jacobs en los asuntos *Marshall II*, C-271/91, de 2-8-1993 y *Le Foyer*, C-316/93, de 3-3-1994, respectivamente. Contrástese esta postura con la adoptada por el Abogado General Slynn (que posteriormente ostentaría la condición de Magistrado del Tribunal) en el asunto *Marshall*, cit. *supra*.

¹⁷ Asunto *Bernhard Pfeiffer*, C-397/01, de 5-10-2004.

¹⁸ El fallo de la Sentencia *Pfeiffer* muestra claramente los términos en los que el Tribunal confirma la doctrina *Marleasing*:

postura consensuada sobre el particular, y los Tribunales nacionales tienen importantísimos problemas a la hora de aplicarla correctamente¹⁹.

Pero a pesar de la inseguridad que genera, lo que no puede negarse a la jurisprudencia *Marleasing* es una vocación integracionista y protectora del particular. El Tribunal siempre ha sido consciente de las dificultades que conlleva responsabilizar a los particulares por los actos negligentes o dolosos del poder público. Si el Estado se ha negado a transponer una Directiva en materia laboral, quien debe pagar por los daños generados a los trabajadores es el Estado, y no el empleador. Pero los efectos prácticos del expediente de responsabilidad patrimonial pueden ser, a su vez, nulos o inexistentes. La indemnización que se materializa transcurridos muchos años después de la producción del daño, puede que no ofrezca una solución útil al titular del derecho²⁰. Así, la búsqueda de una interpretación conforme es, al mismo tiempo, una búsqueda en el ordenamiento nacional de cualquier resquicio que tolere una aplicación de la Directiva.

Esta protección de los destinatarios de los derechos, unida al afán de fortalecer el sistema de fuentes europeo, es el que ha llevado al Tribunal, en la Sentencia *Maria Pupino*, a derivar efectos interpretativos de las Decisiones Marco.

En efecto, la interpretación conforme que el Tribunal impone al juez nacional no es sólo una auténtica *aplicación* de la Decisión Marco, sino que podríamos catalogarla entre lo que la doctrina ha denominado la “invocabilidad de sustitución”: alegar la aplicación de la Directiva con el fin de cubrir un vacío previsto en el ordenamiento,

“– El artículo 6, punto 2, de la Directiva 93/104 debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las del litigio principal, es contraria a dicho artículo la normativa de un Estado miembro que, por lo que respecta a los períodos de permanencia («Arbeitsbereitschaft») asegurados por socorristas en el marco de un servicio de asistencia médica urgente de un organismo como la Deutsches Rotes Kreuz, tiene como efecto permitir, en su caso mediante un convenio colectivo o un acuerdo de empresa basado en tal convenio, sobrepasar la duración máxima del tiempo de trabajo semanal de cuarenta y ocho horas establecida por dicha disposición.

– La citada disposición reúne todos los requisitos para producir efecto directo.

– Cuando conoce de un litigio exclusivamente entre particulares, el órgano jurisdiccional nacional está obligado, cuando aplica las normas del Derecho interno adoptadas con objeto de adaptarlo a las obligaciones establecidas por una directiva, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha directiva para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta. Por tanto, en los asuntos principales, el órgano jurisdiccional remitente debe hacer todo lo que esté dentro de sus competencias para impedir que se sobrepase la duración máxima del tiempo de trabajo semanal establecida en cuarenta y ocho horas en virtud del artículo 6, punto 2, de la Directiva 93/104.”

¹⁹ A este respecto, véanse los ejemplos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español que ofrece ALONSO GARCÍA, R., *El juez español y el Derecho comunitario*, op. cit., pgs. 143 y ss.

²⁰ Así lo destacaban MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1996, pg. 434: “Aunque la sentencia *Franovich*, como la Sentencia *Brasserie y Factortame III*, tienen una excelente técnica jurídica, en la práctica no se resuelven con tanta facilidad – como lo hace el TJCE en sus afirmaciones teóricamente progresivas – los problemas reales de los ciudadanos tanto ante una infracción estatal en normas directamente aplicables como por falta de transposición de una Directiva: primero, tiene que entablar un juicio reclamando los derechos que le confiere la norma comunitaria (con eventual reenvío prejudicial), después tiene que iniciar otro proceso para demostrar la relación de causalidad entre el daño y violación (con eventual reenvío prejudicial sobre si hay o no violación caracterizada). Necesitará tener un gran patrimonio para soportar tanto juicio, muchísima suerte para tener un buen juzgador... y paciencia para cobrar la reparación del Estado”.

incluso cuando ese vacío podría cobrar la forma de una enumeración agotadora de supuestos, entre los que no se encuentra el supuesto del caso²¹. Dicho efecto se puede observar en el asunto *Maria Pupino* si analizamos con detalle el artículo 392.1.bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal italiana. Como antes se ha comentado, este precepto introduce un incidente probatorio especial, cuya realización puede desarrollarse con carácter previo al juicio oral *en una serie de supuestos tasados*. Tales casos se refieren a los delitos contra la libertad sexual o de carácter sexual, por lo que se entiende, con meridiana claridad, que estamos ante una enumeración agotadora y excluyente, a la que no cabe añadir supuestos *ex novo* y al margen de la ley procesal.

Ahora bien, si la Decisión Marco obliga a los Estados miembros a garantizar, “cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar este objetivo, por cualquier medio adecuado con los principios fundamentales de su Derecho”, parece evidente que una ampliación de los supuestos previstos en la ley italiana supone una aplicación directa de la Decisión Marco. No se trata de interpretar el ordenamiento nacional, sea anterior o posterior a la Decisión Marco, de conformidad con ésta, sino de hacer efectivas las obligaciones de la norma europea, aplicándolas al caso concreto y dando una solución ajena al Derecho nacional. Así, la Decisión Marco viene a crear nuevos supuestos de hecho para la realización del incidente probatorio del artículo 392.1.bis.

Si volvemos a la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia, podemos observar cómo se debilita la prohibición de realizar interpretaciones *contra legem*. En efecto, lo que dice el Tribunal cuando impone al juez nacional este límite a su deber de interpretación conforme, es que no exista norma nacional que clara y taxativamente contradiga lo dispuesto por la Directiva “aplicable” al caso²². Si volvemos al asunto *Maria Pupino*, parece bien claro que el Derecho italiano no permite más supuestos de hecho para el incidente que los tasados por la ley. Sin embargo, el Tribunal podría añadir que no existe una norma procesal italiana que excluya o prohíba, de forma

²¹ El término “invocabilidad de sustitución” se contrapone a la invocabilidad de exclusión. Si el primero permite al particular alegar la Directiva para cubrir un vacío normativo nacional, el segundo le apodera para excluir la aplicación de la norma nacional defectuosa y solucionar el caso directamente aplicando la Directiva. Sobre esta distinción y sus problemas cfr. PRECHAL, S., *Does direct effect still matter?*, CMLRev, NÚM. 37, pgs. 1051 y ss.

²² Esta relativización del límite parece incluso confirmada en la reciente Sentencia *Pfeiffer*, antes citada. Al invocar su jurisprudencia sobre los límites de la obligación de interpretación conforme, el Tribunal de Justicia parece flexibilizar aún más las fórmulas de “encaje” exigibles del juez nacional. Así, en el fundamento 116 de la citada Sentencia, el Tribunal establece lo siguiente: “A este respecto, si el Derecho nacional, mediante la aplicación de los métodos de interpretación reconocidos por éste, permite, en determinadas circunstancias, interpretar una disposición del ordenamiento jurídico interno de tal manera que se evite un conflicto con otra norma de Derecho interno o reducir con este fin el alcance de dicha disposición aplicándola sólo en la medida en que resulta compatible con la referida norma, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de utilizar los mismos métodos con objeto de alcanzar el resultado perseguido por la directiva.” Nótese que el Tribunal ya no habla de interpretaciones *contra legem*, sino de “reducir el alcance” de la disposición nacional, “aplicándola sólo en la medida en que resulta compatible” con la Directiva. Resulta evidente que entre *proscribir la interpretación contra legem* y exigir una *reducción del alcance de las normas nacionales* hay un buen trecho.

incondicional, la realización de un incidente al margen de los casos contenidos en el artículo 329.1.bis, salvando así la interpretación *contra legem*.

Esta relativización de la prohibición a las interpretaciones *contra legem* se muestra con claridad en la Sentencia *Maria Pupino*, donde el Tribunal de Justicia resume su tradicional jurisprudencia sobre Directivas, ahora aplicada a las Decisiones Marco:

“La obligación del juez nacional de tener presente el contenido de una decisión marco en la interpretación de las correspondientes normas de su Derecho nacional cesa cuando éste no puede ser objeto de una aplicación que lleve a un resultado compatible con el que pretende alcanzar dicha decisión marco. En otros términos, el principio de interpretación conforme no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional. Sin embargo, dicho principio requiere que el órgano jurisdiccional nacional tome en consideración, en su caso, todo el Derecho nacional para apreciar en qué medida puede éste ser objeto de una aplicación que no lleve a un resultado contrario al perseguido por la decisión marco.”

Por tanto, de la Sentencia se desprende un deber de aplicación de la Decisión Marco, siempre que en la misma se generen derechos de forma incondicional y precisa, y no contradiga clara y taxativamente lo dispuesto en una norma de Derecho nacional. Esta afirmación contrasta llamativamente con la redacción del artículo 34.2.b) TUE, donde se dice en su inciso final que las Decisiones Marco “no tendrán efecto directo”. A fin de cuentas, si el efecto directo y el efecto interpretativo comienzan a fundirse en una misma técnica de aplicación, la Decisión Marco puede llegar a convertirse en lo que el TUE dice que *no* es.

2. Los límites de la seguridad jurídica y la no retroactividad.

Recogiendo una jurisprudencia consolidada, el Tribunal estableció un doble límite a la obligación de interpretación conforme de las Decisiones Marco: los principios de seguridad jurídica y no retroactividad. Esta restricción se puede concentrar en una sola, pues es bien sabido que la irretroactividad de las normas es una consecuencia del principio de seguridad jurídica. De hecho, el propio Tribunal reconoce esta realidad en el apartado 44 de la Sentencia, donde afirma:

“Dichos principios se oponen, concretamente, a que la referida obligación pueda tener por efecto determinar o agravar, basándose en la decisión marco y con independencia de una ley adoptada para la ejecución de ésta, la responsabilidad penal de quienes infrinjan sus disposiciones.”

Aunque esta limitación no sea ninguna novedad en materia de Directivas²³, es cierto que cobra una especial relevancia a las Decisiones Marco del Tercer Pilar,

²³ En cuanto a los límites en el ámbito penal, cfr. la Sentencia *Pretore di Salò*, 15/86, de 17-10-1986. Esta doctrina se amplió más allá de la esfera criminal en el asunto *Kolpinghuis Nijmegen*, 80/86, de 8-10-1987. Tal como destaca RUIZ-JARABO, D., *El juez nacional...*, op. cit., esta limitación “deriva del efecto sanción con que se construye el principio de eficacia vertical exclusiva de las directivas, expresión del principio anglosajón del ‘estoppel’, de la fórmula latina ‘nemo auditur venire contra factum proprium’”.

especialmente en las fechas en las que se adoptó la Sentencia *Maria Pupino*, al producirse un intenso debate sobre la competencia de la Unión Europea para adoptar actos de carácter penal en materias conexas con competencias de la Comunidad Europea. La limitación que se acaba de apuntar puede convertirse en una restricción muy considerable si tenemos en cuenta la importancia que tienen los actos del Tercer Pilar en el ámbito penal.

En el momento en que escribo estas líneas el Tribunal aún no se ha pronunciado en el asunto *Comisión vs. Consejo*, pero sí lo ha hecho el Abogado General Ruiz-Jarabo²⁴. Dicho asunto plantea el debate sobre la competencia de la Unión Europea a la hora de adoptar actos de armonización penal, concretamente una Decisión Marco, en un ámbito material sobre el que la Comunidad Europea ostenta competencia: el medio ambiente. La Comisión, alegando el carácter competencial del artículo 47 TUE²⁵, entendió que se produce así una infracción en la elección base jurídica, por lo que la competencia correspondería a la Comunidad Europea con base en el artículo 176 TCE. En opinión del Abogado General la Comunidad goza de competencia para adoptar este tipo de actos, siempre que se limite a la armonización de los tipos. Si esta competencia existe, se produciría la exclusión automática de la competencia basada en los artículos 29 y 31 TUE²⁶.

Si prosperan las tesis del Abogado General Ruiz-Jarabo, nos encontraríamos con el debilitamiento de la competencia penal en el marco de la Unión Europea. Por tanto, las Decisiones Marco de carácter penal, como la cuestionada en el asunto *Comisión vs. Consejo*, se verían notoriamente restringidas, reconduciéndose su materia a aquellos sectores en los que la Comunidad carece de competencias. De ser eso así, las Decisiones Marco del futuro (un futuro cercano, todo sea dicho) se centrarían mayoritariamente en aspectos procesales, pero también es cierto que ello no excluiría que entraran en aspectos procesales penales. Precisamente esta objeción podía imputarse a la Decisión Marco del asunto *Maria Pupino*: sus contenidos inciden en la configuración del proceso penal, con la posibilidad de que ello condicione el resultado de la decisión que adopte el

²⁴ Asunto *Comisión vs. Consejo*, C-176/03. Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo presentadas el 26-5-2005.

²⁵ “Art. 47 TUE.

Sin perjuicio de las disposiciones por las que se modifica el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea con el fin de constituir la Comunidad Europea, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica y de las presentes disposiciones finales, ninguna disposición del presente Tratado afectará a los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea ni a los Tratados y actos subsiguientes que los hayan modificado o completado”.

²⁶ En opinión del Abogado General, “El tercer pilar pergeña una asistencia operativa de los servicios policiales y judiciales, para combatir de manera más efectiva la delincuencia, mas la aproximación normativa, que trasciende la idea de colaboración e implica un paso de mayor profundidad hacia la integración, queda reducida a aquellos elementos que, por su «internacionalización», merecen una respuesta uniforme.

Del mismo modo que la Comunidad carece de una competencia general en materia penal, adolece también de una «capacidad natural» del tercer pilar, que, como una fuerza gravitatoria, atraiga todas las cuestiones de esa índole que se susciten en la Unión. El desenlace de la trama ha de ir por otros derroteros en la línea insinuada por la jurisprudencia al construir la potestad sancionadora en defensa del ordenamiento jurídico comunitario.”

órgano juzgador. Sin embargo, el Tribunal de Justicia consideró que el carácter procesal penal de la Decisión Marco no la convertía en una norma penal. En palabras del Tribunal,

“procede destacar que las disposiciones objeto de la presente petición de decisión prejudicial no se refieren al alcance de la responsabilidad penal del interesado, sino al desarrollo del procedimiento y a las formas de practicar la prueba”²⁷.

Por tanto, aunque a primera vista pueda parecer que estamos ante una limitación que podría mermar los efectos prácticos de la Sentencia *Pupino*, lo cierto es que no será obstáculo para que la obligación de interpretación conforme dé vida a este tipo de actos de la Unión. Como se verá más adelante al analizar las Decisiones Marco actualmente en vigor, la limitación de la invocación *in peius* convive con múltiples disposiciones en las que se otorgan derechos a los particulares. Estas disposiciones son las que cobrarán de vida al precedente sentado en *Maria Pupino*, y sobre las que se desarrollará la obligación de interpretación conforme.

3. Un futuro incierto: nuevas perspectivas sobre el efecto directo de las Directivas, y su aplicación a las Decisiones Marco.

Uno de los aspectos más inquietantes de la Sentencia *Maria Pupino*, y que deberá aclararse con el paso del tiempo, consiste en determinar el grado de aplicabilidad de la jurisprudencia en materia de Directivas a las Decisiones Marco. La filosofía que subyace a la Sentencia hace una analogía entre aquellas Directivas que no tienen efecto directo, y un precepto del TUE que priva de efecto directo a las Decisiones Marco. Si la prohibición de la Decisión Marco coincide con la limitación de la Directiva, se puede deducir que los efectos de un acto y otro son los mismos. Evidentemente, la Sentencia no dice exactamente esto, pero de su argumentación puede entenderse que la intención del Tribunal camina en esa dirección.

En efecto, el Tribunal aplica su doctrina sobre el efecto interpretativo en los mismos términos que lo venía haciendo en los asuntos *Marleasing* o *Pfeiffer*, pero

²⁷ En términos igualmente contundentes se pronunció la Abogado General Kokott: “En contra de la opinión de los Gobiernos francés, griego y neerlandés, la obligación de llevar a cabo una interpretación conforme en el marco de la normativa procesal penal tampoco está sometida a limitaciones especiales en el Tratado UE, que excluyan la pertinencia de la petición de decisión prejudicial. Ciertamente, el principio de legalidad de las penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege* [scripta]) ha de ser tenido en cuenta. Dicho principio forma parte de los principios generales del Derecho, comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. También está anclado en el artículo 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, «CEDH»), en el artículo 15, apartado 1, primera frase, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en el artículo 49, apartado 1, primera frase, de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Se trata de una manifestación especial del principio de seguridad jurídica en Derecho penal material.

Pero el presente asunto no se refiere al Derecho penal material, sino al Derecho procesal penal. No se trata, por tanto, de fundamentar o agravar la responsabilidad penal, sino del procedimiento de determinación de tal responsabilidad. Por ello lo que debe aplicarse no es el principio *nulla poena sine lege*, sino el principio de procedimiento justo, que se detalla a continuación.”

también echa mano de su jurisprudencia sobre los límites sancionadores del efecto directo. Si en *Maria Pupino* se emplean los elementos estructurales de la doctrina en materia de Directivas, y a ello sumamos que el Tribunal apartó a un lado las diferencias que existen actualmente entre la Directiva y la Decisión Marco al tiempo que se esmeró en destacar las similitudes, podemos concluir que la idea latente tras la resolución pasa por una equiparación²⁸.

El problema de una hipotética equiparación reside en los interrogantes que actualmente suscita la doctrina del efecto directo horizontal. Basta con poner un caso bien reciente y representativo del carácter “inacabado” del edificio que todos conocemos como efecto directo: la interpretación conforme con anterioridad a la fecha de vencimiento de la Directiva.

Aunque pueda parecer sorprendente, no ha sido hasta el año 2005 cuando se ha planteado una cuestión de tal importancia²⁹. Así, en el asunto *Mangold* se cuestionaba el

²⁸ En cambio, la Abogado General Kokott sí incidió en los rasgos internacionales de las Decisiones Marco y su afinidad con los instrumentos normativos del Espacio Económico Europeo. Esta comparación, no obstante, fue relativizada por la propia Kokott, al destacar la vocación integracionista del Tratado de la Unión Europea: “Sin embargo, a diferencia del Acuerdo EEE, destinado únicamente a aplicar un régimen de libre comercio y de competencia en las relaciones comerciales y económicas entre los Estados contratantes y que no prevé la transferencia de derechos soberanos a los órganos internacionales creados por él, el Tratado de la Unión constituye, conforme al artículo 1, párrafo segundo, una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa. Con tal fin, completa la actividad de las Comunidades Europeas con otras políticas y formas de cooperación. El término políticas indica que, en contra de lo que opina el Gobierno sueco, el Tratado de la Unión no sólo regula la cooperación interestatal, sino también el ejercicio común de soberanía por parte de la Unión. Por lo demás, el artículo 3 UE, párrafo primero, obliga a la Unión a mantener el acervo comunitario y a desarrollarlo.

La mayor integración descrita con la fórmula «cooperación cada vez más estrecha» también se muestra en el desarrollo del Tratado de la Unión, que, después de haber sido adoptado mediante el Tratado de Maastricht, se ha ido aproximando cada vez más, en los Tratados de Amsterdam y Niza, a las estructuras del Derecho comunitario, con el que se fusionará completamente en el Tratado por el que se instituye una Constitución Europea.

Por consiguiente, la decisión marco está, según se define, muy próxima a la directiva y el artículo 34 UE, apartado 2, letra b), debe interpretarse de la misma forma que el artículo 249 CE, párrafo tercero, en la medida en que coincida el contenido de ambas disposiciones.”

²⁹ Esta línea jurisprudencial arranca en los años noventa con la Sentencia *Inter-Environnement Wallonie*, C-129/96, de 18-12-1997, en las que el Tribunal de Justicia, en los fundamentos 43, 44 y 45, estableció una obligación a cargo de los Estados miembros en los siguientes términos: “Habida cuenta de que este plazo tiene por objeto, en particular, proporcionar a los Estados miembros el tiempo necesario para adoptar las medidas de adaptación de su Derecho interno, no puede reprochárseles la no adaptación de su ordenamiento jurídico a la Directiva antes de expirar dicho plazo.

También es cierto, sin embargo, que durante el plazo de adaptación del Derecho interno los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para que, al expirar dicho plazo, se haya alcanzado el resultado prescrito por la Directiva.

A este respecto, si bien los Estados miembros no están obligados a adoptar tales medidas antes de expirar el plazo de adaptación del Derecho interno, de la aplicación del párrafo segundo del artículo 5, en relación con el párrafo tercero del artículo 189 del Tratado, así como de la propia Directiva, se deduce que durante dicho plazo deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por la Directiva.” Sobre los efectos de esta Sentencia, cfr. ALONSO GARCÍA, R., *El juez español...*, op. cit., pgs. 170 a 179; CASSIA, P., *L’invocabilité des directives communautaires devant le juge administratif: la guerre des juges n’a pas eu lieu*, Revue Française de Droit Administratif, num. 1,

efecto directo horizontal de una Directiva cuyo plazo de transposición aún no había vencido. Ante este supuesto, el Abogado General Tizzano no dudó en incorporar la jurisprudencia del asunto *Inter-Environnement Wallonie* a la arquitectura del efecto directo. En el caso de autos se planteaba la aplicación horizontal de una Directiva, concretamente en el marco de una relación laboral. El Abogado General reiteró la jurisprudencia tradicional del Tribunal, resaltando que una Directiva que surte efecto *inter privatos* no genera efecto directo. Sin embargo, ello no exime al juez nacional de su deber de interpretación conforme, incluso cuando la Directiva aún no ha vencido. En palabras del Abogado General,

“no cabe duda de que esta obligación de abstención, al igual que la obligación positiva de adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado perseguido por la directiva, se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidos, en el marco de sus competencias, los órganos jurisdiccionales nacionales. De ello se desprende, por tanto, que durante el plazo de adaptación del Derecho interno a la directiva, también los jueces deben hacer todo lo posible, en el ejercicio de sus competencias, para evitar que el resultado perseguido por ésta pueda resultar comprometido. En otras palabras, han de dar prioridad a la interpretación del Derecho interno que mejor se ajuste a la letra y al espíritu de la directiva.”

Las consecuencias de esta tesis son fáciles de deducir una vez vista la *vis expansiva* de la interpretación conforme, especialmente su acercamiento a los ámbitos del efecto directo y la aplicación. Si las tesis del Abogado General prosperan, el juez nacional se verá obligado a interpretar su ordenamiento interno a la luz de la Directiva, incluso cuando ésta no haya vencido, estrechando los términos de su sistema de fuentes hasta el límite de sus posibilidades. De hecho, en el asunto *Mangold* el Abogado General, sin decirlo expresamente, anima al juez nacional a denunciar la inconstitucionalidad de una Ley, cuya interpretación no permitía conformidad alguna con la Directiva, para así alcanzar el resultado previsto en ésta³⁰. Si el Tribunal avala

2002 y GONZÁLEZ ALONSO, L.N., *Las obligaciones de los Estados miembros durante el plazo de transposición de las directivas*, RDCE, núm. 3, 1998.

No obstante, el hecho de que la doctrina *Inter-Environnement Wallonie* no se haya hecho extensiva al efecto interpretativo hasta fechas recientes, no significa que no se haya discutido por la doctrina. Así, véanse los comentarios de PRECHAL, S., *Directives in EC Law*, op. cit., pgs. 20 a 22. También se han pronunciado sobre esta cuestión, en términos parecidos a los de Tizzano, los Abogados Generales Darmon y Jacobs, en los asuntos *Comitato*, C-236/92 y *Parlamento vs. Consejo*, C-295/90, respectivamente.

³⁰ En el asunto *Mangold* era imposible interpretar el artículo 14 de la Ley alemana de trabajo a tiempo parcial de conformidad con la Directiva 2000/78, sobre igualdad de trato en el empleo. Los términos de la Directiva eran claramente incompatibles con lo previsto en la Ley nacional, y por tanto se daba el límite de la interpretación *contra legem*. Asimismo, la citada Directiva no había vencido en el momento de plantearse la cuestión ante los Tribunales. La solución del Abogado General Tizzano apunta claramente hacia la declaración de inconstitucionalidad de la Ley, por lesionar el principio de igualdad previsto en la Ley Fundamental de la República Federal. Aunque no llegue a afirmarlo expresamente, su tesis queda meridianamente clara en el fundamento 121 de sus Conclusiones: “[...] en el litigio entre el Sr. Mangold y el Sr. Helm, el Arbeitsgericht no puede excluir, en perjuicio del segundo, la aplicación del artículo 14, apartado 3, de la TzBfG, en su versión modificada por la Ley Hartz, por ser incompatible con la prohibición de discriminación por razón de edad del artículo 6 de la Directiva 2000/78. No obstante, aunque el plazo para la adaptación del Derecho interno todavía no hay expirado, el citado órgano

esta tesis, todo órgano judicial que se enfrente a una Directiva sin plazo vencido y sin norma nacional de transposición, estaría obligado a forzar todas las vías de interpretación, incluso las que permita su Constitución nacional (y con ello inaplicando o declarando la inconstitucionalidad de la norma, si su sistema interno se lo permite) con el fin de dar salida a los contenidos de la Directiva.

Esta consecuencia, que convierte a la Directiva en un instrumento muy parecido al Reglamento, podría hacerse extensiva a la Decisión Marco tras la Sentencia *Maria Pupino*. Si esto fuera así, el artículo 34.2.b) quedaría claramente debilitado, especialmente en su prohibición del efecto directo de las Decisiones Marco. Tal como acabamos de ver, si forzamos la interpretación conforme hasta los límites de sus posibilidades, creando así un efecto muy similar al efecto directo, pero también deducimos estas consecuencias durante el plazo de transposición a los ordenamientos nacionales, habremos convertido a la Decisión Marco en algo similar a un Reglamento. De esta manera, se habrá dotado a la Decisión Marco de un “efecto directo indirecto”, pero más cercano a lo primero que a lo segundo.

Se produce, pues, una mutación en el sistema de fuentes de la Unión Europea, con una suerte de fusión entre el Reglamento, la Directiva y la Decisión Marco.

IV. LOS HORIZONTES A PARTIR DE MARIA PUPINO.

1. ¿Extensión al Segundo Pilar?

Una vez vistos el contenido y el significado de la Sentencia *Maria Pupino*, parece inevitable hacer algún tipo de reflexión sobre el contagio que esta doctrina tendrá en el otro pilar inter-gubernamental: el relativo a la política exterior y de seguridad común. Sin embargo, aunque el Tribunal se pronunciara en *Maria Pupino* con una contundencia que podría incitarnos a hacer reflexiones expansivas como ésta, lo cierto es que la ampliación de la doctrina *Pupino* al Segundo Pilar resulta difícil de asimilar. No sólo porque no existe un solo instrumento parecido a la Decisión Marco, sino también por la inexistencia de un control judicial sobre las actuaciones de la Unión en este terreno, con una clara finalidad de mantener esta política en manos de los Estados y en una órbita estrictamente inter-gubernamental, sin intervención judicial alguna.

No obstante, la Sentencia *Maria Pupino* aporta una interesante cuestión al terreno del Segundo Pilar, que podrá tener consecuencias interpretativas en el futuro. Concretamente me refiero a la aplicación del principio de cooperación leal en el terreno de la Unión Europea, y no exclusivamente en el ámbito comunitario.

Tal como expone el Tribunal, siguiendo a la Abogado General, el principio de cooperación leal no es un mandato exclusivo del Primer Pilar. Al contrario, el principio es una idea inherente al proyecto de integración europea, que no sólo se manifiesta

jurisdiccional debe tener en cuenta todas las normas del ordenamiento jurídico nacional, *incluidas las de rango constitucional que establecen la misma obligación, para llegar, en la medida de lo posible, a un resultado conforme con lo prescrito por la Directiva*” (la cursiva es mía).

mediante la integración económica que representa el Primer Pilar, sino también en la integración política que supone el Tratado de la Unión Europea. El Tribunal de Justicia expone esta idea en los siguientes términos:

“41. El artículo 1, párrafos segundo y tercero, del Tratado de la Unión Europea dispone que dicho Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa y que la misión de la Unión, que tiene su fundamento en las Comunidades Europeas completadas con las políticas y formas de cooperación establecidas por dicho Tratado, consiste en organizar de modo coherente y solidario las relaciones entre los Estados miembros y entre sus pueblos.

42. Sería difícil que la Unión cumpliera eficazmente su misión si el principio de cooperación leal, que supone concretamente que los Estados miembros han de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo al Derecho de la Unión Europea, no se impusiera también en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal que, por otra parte, se basa íntegramente en la cooperación entre los Estados miembros y las instituciones [...]”

Queda por resolver si el Tribunal se hubiera expresado en estos mismos términos si el asunto tuviera implicaciones en el Segundo Pilar, cosa que es difícil de imaginar a la vista de las competencias jurisdiccionales en este ámbito. Sin embargo, es a todas luces llamativo que el principio de cooperación leal se desprenda del artículo 1 del TUE, como norma que constituye y define la relación entre los Estados miembros y la Unión. Si bien no pueden predicarse consecuencias en la esfera jurídica de los particulares en este ámbito, sí que es importante el papel en el que quedan los Estados miembros, que a partir de ahora, sin el menor atisbo de duda, tienen una obligación de cooperación leal para con la Unión en una política en la que la unilateralidad es más habitual que la multilateralidad.

2. Los límites de *Maria Pupino* y la acción de responsabilidad contra el Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

Aparte de las restricciones que la doctrina *Pupino* sufre en el Segundo Pilar, también existen otras importantes restricciones a la operatividad práctica de este pronunciamiento. La más importante reside, como antes he comentado, en las disposiciones estatales claras e incondicionales, que el juez nacional no podrá excepcionar a la hora de hacer la interpretación conforme de una Decisión Marco. Es evidente que habrá supuestos en los que el juez nacional no podrá hacer una interpretación conforme, por mucho que el Tribunal de Justicia haya hecho una lectura amplia de esta función.

Supongamos que la legislación italiana hubiera previsto una prohibición expresa, en virtud de la cual quedara proscrita la realización de un incidente probatorio en supuestos distintos a los previstos en la legislación. En este caso es evidente que no hay

margen de interpretación posible, y el juez nacional se vería obligado a dejar la Decisión Marco a un lado y aplicar la ley nacional en sus propios términos.

Ahora bien, en coherencia con la doctrina *Pupino* estos supuestos deberían llevarnos a una solución similar a la que llegaríamos si hubiera Directivas por medio. Como resulta bien sabido, cuando una disposición comunitaria no tiene efecto directo pero su incumplimiento por parte del Estado genera un daño, existe un derecho a ejercer la acción de responsabilidad contra aquél. Esta acción de responsabilidad tiene su origen en la jurisprudencia *Francovich*, y se ha ido consagrando con el paso del tiempo hasta convertirse actualmente en una de las piezas esenciales del funcionamiento del ordenamiento comunitario³¹. Resulta evidente que es una construcción con un fin claramente reparador y subsidiario, en el sentido de que su función pasa por dar solución a los supuestos que no tienen respuesta posible con una aplicación ordinaria del sistema comunitario de fuentes. Cuando ya no hay aplicación que valga de las normas comunitarias y ello sea consecuencia de una conducta negligente del Estado miembro, el particular tendrá, al menos, el cauce de la acción indemnizatoria.

Esta acción se ha desarrollado en el terreno comunitario, sin que haya habido ocasión para que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre su aplicabilidad al Tercer Pilar. Es cierto que el débil sistema de competencia judicial previsto en el Título VI del TUE, unido a la fragilidad de los instrumentos jurídicos ahí creados, contribuyen a que la respuesta pueda ser negativa. Si el Estado se reserva un amplio margen de discrecionalidad en un ámbito como el de la cooperación judicial en asuntos civiles y penales, deberíamos afirmar que las posibilidades de generar responsabilidad por incumplimiento del Derecho comunitario son escasas. Sin embargo, esta afirmación cae por su propio peso en el momento en que analizamos el desarrollo que ha vivido el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en los últimos años.

En efecto, el Tercer Pilar se ha aplicado por los Estados miembros con una tendencia a la expansión que era difícil de prever en el momento de su creación. Bien es cierto que algunos acontecimientos de los últimos años han propiciado este fenómeno, principalmente la lucha contra el terrorismo como consecuencia de los atentados sufridos en las ciudades de Nueva York, Madrid y, más recientemente, Londres. Este nuevo contexto político, en el que la iniciativa legislativa ha vivido un importante giro hacia los ámbitos policiales y judiciales, ha contribuido sin duda a que el Tercer Pilar haya atravesado un desarrollo inesperado³². Esta realidad ha hecho que los actos en el marco del Título VI TUE hayan sido abundantes y densos. La abundancia nos ofrece un cuerpo legislativo propio, tanto de Decisiones Marco como de Posiciones Comunes y Decisiones. La densidad aparece en la concreción con la que se han desarrollado

³¹ Cfr. ALONSO GARCÍA, R., *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, Madrid, 1997; BARAV, A., *State liability in Damages for breach of Community Law in the National Courts*, YEL, 1996; COBREROS MENDAZONA, E., *Incumplimiento del Derecho Comunitario y responsabilidad del Estado*, Madrid, 1995; GUICHOT, E., *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho comunitario*, Valencia, 2001.

³² Cfr. CHALMERS, D., *Constitutional Reason in an Age of Terror*, Global Law Working Paper 06/2004. Desde la óptica estadounidense, resulta muy esclarecedor el análisis de SEGAL, J., *The Effect of War on the Supreme Court*, Global Law Working Paper 03/2004.

determinadas instituciones, con lo que los legisladores nacionales se han encontrado con márgenes no demasiado amplios de actuación.

Este éxito del Tercer Pilar recuerda mucho al que vivió la Comunidad Económica Europea en los años setenta y ochenta, lo que llevó a los Estados miembros a depositar en las Instituciones una parte importante de las políticas nacionales. En esas fechas surgen los desarrollos más destacados del Tribunal de Justicia, principalmente los que dieron vida y llenaron de contenido a los principios de primacía y efecto directo. Por eso no es casual que ahora, cuando el Tercer Pilar asume un protagonismo que nadie esperaba, el Tribunal opte por dar contenido y normatividad a los actos previstos en el Título VI TUE.

Analizando la jurisprudencia *Francovich* y sus ulteriores desarrollos, es fácil reconocer que sus términos son aplicables a los actos de los Estados en ejecución de políticas del Tercer Pilar. En efecto, la jurisprudencia sobre responsabilidad de los Estados miembros se sustenta en dos pilares normativos: el principio de cooperación leal y los principios generales del Derecho. El primero ya hemos visto que ha sido reconocido por el Tribunal en el Tercer Pilar, tal como destacó en el apartado anterior³³. En cuanto al segundo, desde el asunto *Brasserie* el Tribunal ha establecido que la acción de responsabilidad se desprende de un principio general del derecho, en la medida en que su contenido se nutre de las distintas tradiciones jurídicas³⁴. Así, la responsabilidad de los Estados trae causa de un principio común a los Estados, que a su vez trae causa de la cláusula del Estado de Derecho. De esta manera, el segundo fundamento también lo encontramos en el Tercer Pilar, en tanto en cuanto el artículo 6 TUE establece que “*la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros.*”³⁵.

³³ Tal como destacó el Tribunal en la Sentencia *Francovich*, “La obligación de los Estados miembros de reparar dichos daños se basa también en el artículo 5 del Tratado, en virtud del cual los Estados miembros deben adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho comunitario. Entre esas obligaciones se encuentra la de eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho comunitario” (fundamento 36). Esta declaración se encuentra en clara consonancia con el pronunciamiento del Tribunal en el asunto *Pupino*, cuando afirma: “Sería difícil que la Unión cumpliera eficazmente su misión si el principio de cooperación leal, que supone concretamente que los Estados miembros han de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo al Derecho de la Unión Europea, no se impusiera también en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal que, por otra parte, se basa íntegramente en la cooperación entre los Estados miembros y las instituciones [...]”

³⁴ En efecto, en el asunto *Brasserie* el Tribunal de Justicia reforzó el fundamento de la responsabilidad de los Estados miembros apelando a los “principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros”. Así, “el principio, así establecido expresamente en el artículo 215 del Tratado, de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, no es sino una expresión del principio general conocido en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, conforme al cual una acción u omisión legal produce la obligación de reparar el perjuicio causado. Esta disposición pone de manifiesto también la obligación de los poderes públicos de indemnizar los daños causados en el ejercicio de sus funciones” (fundamento 29).

³⁵ La cursiva es mía.

Si contamos con estos presupuestos básicos, se debe reconocer que la disconformidad entre una Decisión Marco y la legislación nacional generará responsabilidad patrimonial a cargo del Estado infractor, siempre y cuando esta infracción haya infligido un daño a un particular y se cumplan los restantes requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal³⁶. Si volvemos ahora al asunto *Pupino*, pero imaginando que existe una norma nacional que impide la interpretación conforme, podríamos aplicar los requisitos de la doctrina *Brasserie*³⁷ y llegar a una respuesta favorable a la víctima que no haya podido disfrutar de las garantías que contemplaba a su favor la Decisión Marco.

3. Las Decisiones Marco vigentes a la luz de la Sentencia *Maria Pupino*.

Se ha dicho con anterioridad que las Decisiones Marco han comenzado a sufrir un éxito inesperado, como consecuencia del impulso que ha recibido el Tercer Pilar en los últimos años. La Sentencia *Maria Pupino* ha fortalecido el papel normativo de este tipo de actos, dándoles un estatuto muy distinto al que contempla el artículo 34.2.b) TUE. Ahora bien, las repercusiones de este pronunciamiento del Tribunal de Justicia sólo podrán analizarse con exactitud si observamos el contenido de las Decisiones Marco actualmente en vigor, su similitud con la Decisión Marco del asunto *Pupino*, y las perspectivas de futuro para este tipo de actos. En función de este análisis podremos medir las verdaderas consecuencias del asunto *Pupino*.

Como se ha dicho con anterioridad, el asunto *Pupino* se plantea como el resultado de una interpretación de la Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. Se trata de una norma claramente proteccionista, cuyo destinatario recibe una tutela desde el plano normativo europeo, de la cual se deducen derechos. Si hubiera un paradigma de Decisión Marco en la que se constituyen derechos que condicionan la interpretación del Derecho nacional, sería probablemente ésta.

Tras un análisis de las Decisiones Marco actualmente en vigor, es cierto que la mayoría de estos actos tienen un carácter sancionador o coercitivo, por lo que su interpretación conforme toparía con uno de los límites marcados por el Tribunal de Justicia. Sin embargo, existen disposiciones de varias Decisiones Marco que serán invocadas por los particulares con toda probabilidad, e incluso forzarán interpretaciones conflictivas por parte de los Tribunales nacionales. Estas disposiciones podemos

³⁶ Cuestión distinta es la apertura de un cauce indemnizatorio contra la Unión Europea como consecuencia de los daños provocados por ésta. Esta vía ya ha sido explorada en el pasado sin éxito, concretamente en el asunto *SEGI vs. Consejo de la Unión Europea*, T-338/02, de 7-6-2004, donde el Tribunal de Primera Instancia negó la existencia de una acción indemnizatoria en este supuesto.

³⁷ Según el conocido fallo de la Sentencia *Brasserie*, “los particulares lesionados tiene derecho a una indemnización cuando la norma de Derecho comunitario violada tenga por objeto conferirles derechos, la violación esté suficientemente caracterizada y exista una relación de causalidad directa entre esta violación y el perjuicio sufrido por los particulares. Con esta reserva, el Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado por una violación del Derecho comunitario que le es imputable, en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, teniendo en cuenta que los requisitos fijados por la legislación nacional aplicable no podrán ser menos favorables que los referentes a reclamaciones, semejantes de naturaleza interna y que no podrán articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la reparación”.

catalogarlas en tres grupos: normas de extensión de la protección a la víctima; normas atenuantes de la responsabilidad; y normas procedimentales de garantía.

El primer grupo, en el que encontramos disposiciones que establecen un estatuto jurídico proteccionista a favor de la víctima, es precisamente el que plantea el asunto *Pupino*. Antes decía que la Decisión Marco del asunto *Pupino* resulta paradigmática desde el punto de vista de la interpretación conforme, pero ello no debe inducir al lector a pensar que se trata de un caso aislado. Justo al contrario, las Decisiones Marco posteriores a la 2001/220 han ido reconociendo la función de la Decisión Marco recién citada, ensanchando sus contenidos a ámbitos que podrían quedar al margen de la misma. Así, la Decisión Marco 2002/475, de 13 de junio, sobre la lucha contra el terrorismo, en su artículo 10.2, establece una extensión de la protección contenida en la Decisión Marco 2001/220, exigiendo a los Estados que tomen “todas las medidas posibles para garantizar una adecuada asistencia a la familia de la víctima”³⁸. Esta mención se repite nuevamente en el artículo 7.3 de la Decisión Marco 2002/629, de 19 de julio, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, así como en el artículo 9 de la Decisión Marco 2004/68, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Por tanto, el carácter general de la Decisión Marco que suscitó el asunto *Maria Pupino* tiene que tomarse en consideración a la luz de las nuevas disposiciones, también previstas en Decisiones Marco, mediante las que se ha producido una ampliación de la tutela a las víctimas en procedimientos penales.

El segundo grupo normativo lo representan las Decisiones Marco que contienen normas de carácter penal, pero en las que se incluyen previsiones que atenúan la responsabilidad o se establecen mandatos de proporcionalidad en el establecimiento de las penas. Aunque vayan dirigidas al legislador nacional, estas normas no tienen por objeto crear o agravar la responsabilidad penal de un sujeto, sino que establecen límites al *ius puniendi*. Por tanto, deben considerarse como normas a favor de un particular que, a su vez, exigen que el ordenamiento nacional se interprete a la luz de las mismas. El caso más destacado lo encontramos en la Decisión Marco 2004/757, de 25 de octubre, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas. En su artículo 5, la Decisión Marco crea una serie de circunstancias atenuantes que deberán recogerse en la legislación nacional³⁹. A partir de la Sentencia *Pupino*, el deber de interpretación

³⁸ Visto en su integridad, el precepto muestra con toda claridad que su función pasa por la ampliación del estatuto previsto en la Decisión Marco 2001/220: “2. Además de las medidas previstas en la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, sobre el estatuto de la víctima en el procedimiento penal, los Estados miembros tomarán, en caso necesario, todas las medidas posibles para garantizar una adecuada asistencia a la familia de la víctima.”

³⁹ “Artículo 5. Circunstancias particulares.

No obstante lo dispuesto en el artículo 4, cada Estado miembro podrá adoptar las medidas necesarias para que las penas contempladas en el artículo 4 puedan reducirse cuando el autor del delito:

- a) renuncie a sus actividades delictivas en el ámbito del tráfico de drogas y de precursores, y
- b) proporcione a las autoridades administrativas o judiciales información que éstas no habrían podido obtener de otra manera, ayudándoles a:
 - i) prevenir o atenuar los efectos del delito,
 - ii) descubrir o procesar a los otros autores del delito,

conforme obligará a los Tribunales nacionales a realizar una lectura “*pro Decisión Marco*” de las normas reguladoras de las causas atenuantes, pudiendo llegar a crear, en el mismo sentido que *Pupino*, una nueva causa en línea con lo previsto en el artículo 5 citado. En este mismo grupo deberían incluirse asimismo las previsiones que establecen un mandato de proporcionalidad al legislador nacional, a la hora de establecer las penas de los delitos contenidos en la Decisión Marco. Así, encontramos esta obligación en el artículo 3.2 de la Decisión Marco 2002/946, de 28 de noviembre de 2002, relativa al marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, donde se establece que los Estados miembros “adoptarán las medidas necesarias para velar por que la persona jurídica declara responsable en virtud de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2 le sean impuestas sanciones o medidas, efectivas, proporcionadas y disuasorias”.

El tercer grupo de normas lo encontramos en lo que podríamos denominar “disposiciones procedimentales de garantía”. Mediante las normas de procedimiento, el particular puede asumir una serie de derechos que le garantizan un estatus determinado. En la medida en que estas normas procedimentales van dirigidas a la protección del particular, éste podrá exigirlas como parámetro del juez nacional a la hora de realizar una interpretación conforme. El ejemplo más claro de este tipo de normas lo encontramos en la Decisión Marco 584/2002, de 13 de junio, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, en la que se establecen las líneas directrices del procedimiento de entrega de personas buscadas en el ejercicio de acciones penales. Asimismo, encontramos normas de procedimiento en la Decisión Marco 2003/577, de 22 de julio, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas, así como en la Decisión Marco 2005/214, de 24 de febrero, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias. Tal y como afirmó el Tribunal de Justicia en el asunto *Pupino*, las deficiencias que surjan en la normativa nacional de procedimiento, sea judicial o administrativo, pueden verse subsanadas mediante una interpretación conforme con las Decisiones Marco.

Vistas en su conjunto, las Decisiones Marco hoy vigentes nos muestran que los efectos de la Sentencia *Maria Pupino* no tardarán en hacerse visibles. La mayoría de estos actos contienen disposiciones con un contenido que llaman a su invocación por los particulares, máxime en un terreno como el penal, donde las garantías previstas por el legislador tienden a forzarse al máximo por sus beneficiarios. Asimismo, la materia penal goza de una importante carga constitucional en un número importante de supuestos, lo que nos llevará a conflictos interpretativos en los que no sólo intervendrá el juez ordinario, sino también el juez constitucional. Así las cosas, es importante reconducir la Sentencia *Maria Pupino* hacia los escenarios de aplicación que generará en un futuro cercano. Para ello, a partir de ahora me centraré algo más en el ordenamiento nacional, y más concretamente en el contexto donde se ubicará el Tribunal Constitucional español.

iii) encontrar pruebas, o

iv) impedir que se cometan otros delitos de los considerados en los artículos 2 y 3.”

V. UN ALTO EN EL CAMINO, ANTES DE LLAMAR A LAS PUERTAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A modo de recapitulación, sistematicemos las distintas aportaciones del asunto *Maria Pupino* y sus perspectivas de futuro, para pasar posteriormente a un análisis nacional, y concretamente a un estudio *nacional-constitucional* de la Sentencia.

Tal como he expuesto con anterioridad, la Sentencia *Maria Pupino* ha supuesto un paso capital en la evolución del Tercer Pilar, mediante la cual se transforma a las Decisiones Marco en disposiciones con una fuerza normativa que el TUE parece negarles. El Tribunal de Justicia ha establecido que los jueces nacionales tienen una obligación de interpretar su ordenamiento de conformidad con las Decisiones Marco, y ha hecho extensiva su jurisprudencia *Marleasing*, aplicable a las Directivas, a las Decisiones Marco. He defendido que este deber de interpretación esconde, en el fondo, una obligación de *aplicación* a cargo del juez nacional, pues el límite de las interpretaciones *contra legem* ha sido configurado por el Tribunal de Justicia en unos términos sumamente laxos. Así las cosas, toda norma de una Decisión Marco que pueda otorgar algún tipo de derecho a un particular asume una fuerza normativa paralela a la de la Directiva, obligando al juez nacional a realizar esfuerzos ingentes en la construcción de su ordenamiento.

Con esta concepción de las Decisiones Marco, el Estado encuentra una mayor coacción a la hora de incorporar dichos actos a su ordenamiento interno. El Estado no sólo incurrirá en responsabilidad patrimonial si el juez entiende que no es posible realizar la interpretación conforme, sino que asimismo verá cómo el Tribunal de Justicia animará a los jueces nacionales a seguir haciendo lecturas creativas del ordenamiento interno, con el fin de adaptar la Decisión Marco y poder desprender de ella todos sus efectos. Esta situación, que prácticamente atribuye efecto directo a las Decisiones Marco, se encuentra agravada por la cantidad de normas de esta naturaleza que actualmente generan algún tipo de derecho a favor de un particular. Si a ello se suma que el detalle de las Decisiones Marco ha ido aumentando con el paso del tiempo, las consecuencias de la Sentencia *Maria Pupino* implican, sobre todo, que la Decisión Marco se convierte a partir de ahora en un instrumento paralelo a la Directiva, y con una vocación a surtir efectos directos, a pesar de lo que diga clara e incondicionalmente el artículo 34.2.b) TUE.

Este panorama puede chocar con la concepción intergubernamental que han mantenido algunos Tribunales nacionales sobre los actos del Tercer Pilar. El caso más llamativo, así como reciente, lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 18 de julio de 2005, relativa a la Ley alemana de incorporación al ordenamiento nacional de la Decisión Marco reguladora de la *euro-orden*. Así, en los fundamentos 79 y 80 de la citada Sentencia, el Tribunal Constitucional Federal alemán establece que las Decisiones Marco otorgan un amplio margen de discrecionalidad política al legislador nacional y, en virtud de este margen, el control que está llamado a realizar el juez nacional sobre la Ley (en este caso el juez constitucional) es más amplio que el control que debe realizar sobre actos nacionales que ejecutan actos comunitarios del Primer Pilar. De hecho, el Tribunal utiliza el argumento del carácter inter-

gubernamental de las Decisiones Marco para justificar un control de constitucionalidad sobre los actos nacionales de transposición⁴⁰.

Si los Tribunales Constitucionales nacionales siguen la senda abierta por el Tribunal alemán, parece previsible que nos encontraremos con graves problemas en el futuro⁴¹. A primera vista, el Tribunal alemán establece que el margen de configuración del legislador nacional es más amplio cuando adapta actos del Tercer Pilar que cuando actúa al transponer un acto del Primer Pilar. Así, este amplio margen de discrecionalidad permitiría, a su vez, un control de constitucionalidad del acto nacional de transposición mucho más significativo. Ahora bien, si este margen de control se sustenta, siempre según el Tribunal Constitucional alemán, en el carácter internacional de la Decisión Marco, así como en su falta de efecto directo, es evidente que la Sentencia de 18 de julio camina por una senda diferente a la establecida por el Tribunal de Justicia en el asunto *Maria Pupino*.

De hecho, la Sentencia de 18 de julio muestra cierta desconfianza hacia el sistema de actos del Tercer Pilar, e intenta reforzar esta impresión destacando el reducido papel del Tribunal de Justicia en la aplicación e interpretación de las Decisiones Marco. En opinión del Tribunal Constitucional alemán, esta debilidad normativa es la que genera, como contraprestación, un mayor protagonismo a favor del legislador nacional. Como consecuencia de esta situación, no sólo se debilita el principio de cooperación leal en el Tercer Pilar, sino que también se descomponen la fuerza normativa de las Decisiones Marco. Así las cosas, parece difícil no darse cuenta de que esta afirmación no encaja precisamente en los términos pronunciados por el Tribunal de Justicia en el asunto *Pupino*. En efecto, la Sentencia *Maria Pupino* no sólo consagra la existencia del principio de cooperación leal en el Tercer Pilar, sino que dota a las Decisiones Marco de un rango normativo que prácticamente les atribuye efecto

⁴⁰ En el fundamento 80 de la Sentencia, el Tribunal Constitucional Alemán expone este rasgo característico de la Decisión Marco en los siguientes términos: “Als Handlungsform des Unionsrechts steht der Rahmenbeschluss außerhalb der supranationalen Entscheidungsstruktur des Gemeinschaftsrechts. Das Unionsrecht ist trotz des fortgeschrittenen Integrationsstandes weiterhin eine Teilrechtsordnung, die bewusst dem Völkerrecht zugeordnet ist. So muss ein Rahmenbeschluss einstimmig vom Rat gefasst werden, er bedarf der Umsetzung durch die Mitgliedstaaten, und die Umsetzung ist nicht gerichtlich durchsetzbar. Das Europäische Parlament, eigenständige Legitimationsquelle des europäischen Rechts, wird in dem Rechtsetzungsprozess lediglich angehört (vgl. Art. 39 Abs. 1 EU), was im Bereich der "dritten Säule" den Anforderungen des Demokratieprinzips entspricht, weil die mitgliedstaatlichen Legislativorgane die politische Gestaltungsmacht im Rahmen der Umsetzung, notfalls auch durch die Verweigerung der Umsetzung, behalten.”

⁴¹ Puede afirmarse que a la tesis del Tribunal Constitucional alemán ya se ha unido el Tribunal Constitucional polaco (Sentencia de 27-4-2005, asunto P 1/05). Sin embargo, creo que el contexto constitucional de este pronunciamiento es diferente al alemán. La Constitución polaca de 1997 prohíbe en su artículo 55.1, de forma tajante, la extradición al extranjero de los nacionales polacos. En cambio, el artículo 16.2 de la Ley Fundamental alemana incluye una prohibición idéntica, pero seguida de una excepción: “Ningún alemán podrá ser extraditado al extranjero. No obstante, se podrá hacer valer legítimamente una reglamentación contraria a esta disposición relativa a la extradición hacia algún país miembro de la Unión Europea o hacia algún tribunal internacional en la medida en que se respeten los principios de derecho fundamental.” Puede afirmarse que el Tribunal Constitucional polaco, al pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de legislación nacional de transposición de la Decisión Marco reguladora de la euro-orden, se enfrentaba a una conciliación interpretativa de imposible cumplimiento, mientras que el Tribunal Constitucional gozaba de un amplio margen de actuación.

directo⁴². Por tanto, si la lectura que hace el Tribunal Constitucional del TUE no coincide exactamente con la que el Tribunal de Justicia ha comenzado a hacer, resulta evidente que se empiezan a crear las bases para un futuro conflicto constitucional.

En este caso, ¿cuál es la lectura adecuada, en clave constitucional, que debe darse al sistema de actos del Tercer Pilar tras la Sentencia *Pupino*? Y por lo tanto, ¿qué respuesta sería la más conforme con el TUE y la jurisprudencia del TJCE si nuestro Tribunal Constitucional tuviera la ocasión de enfrentarse a una Decisión Marco en el futuro?

A estas cuestiones intentaré dar respuesta, con mayor o menor fortuna, en el siguiente epígrafe.

VI. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE EL SISTEMA DE ACTOS DEL TERCER PILAR.

Como se ha mostrado en estas páginas, la Sentencia *Maria Pupino* aporta luz sobre el papel del juez nacional a la hora de aplicar Decisiones Marco. La obligación de realizar una interpretación conforme sitúa al juez ordinario ante una carga argumentativa considerable, que en muchos casos llegará a condicionar el contenido del fallo. Sin embargo, la Sentencia no nos da pistas sobre el papel que corresponde a los Tribunales Constitucionales cuando lleguen a sus puertas asuntos con un elemento de vinculación a las Decisiones Marco. De hecho, la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio es muy significativa por el número de interrogantes que abre. Tal como se ha dicho con anterioridad, el Tribunal alemán reconoce su competencia para enjuiciar la constitucionalidad de actos nacionales de transposición de Decisiones Marco, alegando que este tipo de actos tienen una naturaleza más internacional que comunitaria. En cambio, el Tribunal de Justicia se había esforzado en el asunto *Pupino* en decir justo lo contrario, inclinando la balanza de la Decisión Marco hacia el terreno comunitario y no el internacional. Esta tensión, que sin duda tiene repercusiones de índole constitucional con consecuencias de primer orden, es la que merece una reflexión a la luz de la relación que tradicionalmente han mantenido los Tribunales Constitucionales y el Tribunal de Justicia.

Los actos adoptados en el marco del Tercer Pilar, por la naturaleza de las materias en las que se introducen, tienen una tendencia a generar conflictos constitucionales. El ámbito penal, las relaciones de cooperación policial y judicial, la

⁴² No sorprende que uno de los Magistrados del Tribunal Constitucional alemán formulara un Voto Particular discrepante, en el que hace una expresa mención a la Sentencia *Maria Pupino*. El juez Gerhardt mostró su preocupación por el hecho de que la Sentencia de la mayoría no realizara el mínimo esfuerzo por conciliar su decisión con la posición del Tribunal de Justicia: “Ich bedauere sehr, dass der Senat sich insoweit einer konstruktiven Mitarbeit an europäischen Lösungen verweigert. Namentlich mit der Behauptung eines inneren Zusammenhangs von Auslieferungsverbot und Staatsangehörigkeit als Status sowie mit dem undefiniert gebliebenen Topos des Vertrauens in die Verlässlichkeit der eigenen Rechtsordnung betont er einseitig die nationale Perspektive, statt einen Ausgleich zwischen den Bindungen des nationalen und des europäischen Rechts herzustellen. Dass er weder begrifflich noch in einer Diskussion möglicher Konsequenzen auf das Urteil des Gerichtshofs in der Sache *Pupino* eingeht, dient dem Recht nicht.”

lucha contra el terrorismo, etc., son cuestiones en las que se entrecruzan derechos fundamentales como los relativos a la libertad personal, la intimidad o la tutela judicial efectiva. El dilema entre la internacionalización o comunitarización de los actos del Tercer Pilar tiene, por tanto, un trasfondo constitucional, en la medida en que condiciona el tipo de control que tendrán que hacer el Tribunal de Justicia y las máximas instancias judiciales nacionales.

Aunque resulte algo reduccionista, podemos esbozar dos respuestas al dilema:

a) Una primera solución pasaría por reconducir el sistema de fuentes del Tercer Pilar hacia el ámbito comunitario, aplicándoles los principios estructurales del ordenamiento comunitario, e incluso reconociéndolos con algunos matices y excepciones. Así, se reconocería el efecto directo de aquellas disposiciones que no lo tengan negado en el propio Tratado, seguido del cauce indemnizatorio a favor de los particulares cuando sus Estados infrinjan disposiciones del primer pilar. Esta línea incrementaría las ya disminuidas competencias del Tribunal de Justicia, pues fomentaría el planteamiento de cuestiones prejudiciales de los Tribunales nacionales a Luxemburgo, al tiempo que justificaría un mayor control del Derecho nacional desde el parámetro de la normativa de la UE. Así, los actos de ejecución del Derecho de la UE encontrarían la cobertura, o el parámetro, de la legalidad europea, lo que les llevaría a ser controlados por vía indirecta a cargo del Tribunal de Justicia. Si se llegara a reconocer el principio de primacía en este ámbito, cosa que resultaría más problemática, el juez nacional podría inaplicar sus actos nacionales y así dar una respuesta conforme con la normativa de la UE. Si el Tribunal de Justicia no se atreviera a tanto, el particular siempre tendría a su disposición la acción de responsabilidad contra el Estado por infracción del Derecho de la Unión Europea. Esta opción contribuiría a que fuera el Tribunal de Justicia el primero en pronunciarse sobre la legalidad de los actos de la UE, así como de los actos nacionales que los ejecutan. Las posibilidades de conflicto con los Tribunales Constitucionales se reducirían, aunque tampoco quedarían eliminadas del todo. El Tribunal de Justicia podría empecinarse en dar una lectura restrictiva de los derechos fundamentales en el plano inter-gubernamental, y ello contribuiría a que el conflicto terminara finalmente ante la instancia constitucional nacional. Sin embargo, no puede negarse que las posibilidades de conflicto se reducirían, al tiempo que se fortalecería el funcionamiento del Tercer Pilar al crear un clima de confianza entre las instancias judiciales, de la mano de un mayor coherencia y uniformidad en el tipo de control que se realiza sobre el sistema de actos.

b) La segunda opción pasa por reconducir el sistema de actos de la UE hacia el terreno internacional, y por tanto reducir el contenido materialmente comunitario que podría atribuirles indirectamente el Tratado de la Unión Europea. Esta solución fortalecería la posición institucional de los Tribunales nacionales, y muy especialmente la de los Tribunales Constitucionales, que vendrían a reconocer un sesgo internacional al proceso de ejecución nacional de los actos de la UE. Así, el proceso de transposición y su posterior desarrollo, al encontrarse al margen del sistema comunitario, permite un control a la luz del Derecho nacional. Cuando la ejecución del acto de la UE se realice mediante Ley, ese control se convierte en un control de constitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional, que realizará un escrutinio constitucional-nacional de la Ley de ejecución, pero indirectamente prejuzgando la constitucionalidad del acto europeo. Este

refuerzo del papel del Tribunal Constitucional se realiza en detrimento, claro está, del Tribunal de Justicia y del sistema de actos de la UE. Su fundamento estaría en el carácter internacional del sistema, pero también en el reducido control judicial que atribuye el TUE al Tribunal de Justicia, por lo que se reclama un mayor protagonismo de las instancias judiciales que sí están libres para actuar: las instancias judiciales nacionales. Asimismo, en la medida en que cabe un juicio de legalidad nacional de los actos nacionales de ejecución, los Tribunales nacionales tendrían una menor necesidad de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, pues considerarían prioritario agotar, en primer lugar, las vías de control previstas en la Constitución nacional.

Parece evidente que el asunto *Maria Pupino* aboga por la primera opción, mientras que la Sentencia de 28 de julio de 2005 del Tribunal Constitucional alemán se dirige hacia la segunda.

El primer escenario plantea un problema procesal que difícilmente pueden solventar los Tribunales: la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial al amparo del artículo 35 TUE está limitada a aquellos órganos jurisdiccionales que, según cada Estado miembro, tienen reconocida la competencia. Así, mientras que la República Federal Alemana, Italia o Bélgica le han reconocido la competencia prejudicial a todos sus órganos jurisdiccionales, España la ha limitado a aquellos Tribunales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso. Por tanto, los Tribunales españoles tendrían graves dificultades para entablar un diálogo con el Tribunal de Justicia a la hora de definir qué tipo de obligación crea una Decisión Marco, o si existe un incumplimiento por parte del Estado en la transposición, con el fin de declarar la existencia de un daño susceptible de reparación indemnizatoria. Precisamente lo que hizo el juez de instrucción de Florencia en el asunto *Maria Pupino*, no lo podría haber hecho una Audiencia Provincial española.

Sin embargo, este inconveniente procesal de la opción a) resulta empujado si pasamos a observar los problemas de la opción b). Mediante la creación de un sistema de control híbrido de los actos nacionales de ejecución de Derecho de la UE, se distorsiona y atomiza el control jurisdiccional, así como la aplicación normal del sistema de fuentes. En primer lugar, se crearían veinticinco estándares de protección en la implementación del Tercer Pilar, sin necesidad de atender a las pautas marcadas por el Tribunal de Justicia, cuyas decisiones podrían haber actuado como denominador común en la protección de los derechos fundamentales. Asimismo, el principio de confianza mutua entre los Tribunales Constitucionales y el Tribunal de Justicia se vería mermado, pero con un evidente efecto contagio hacia los Tribunales Constitucionales entre sí. Un sistema de actos como los del Tercer Pilar, cuyo objeto es, principalmente, la cooperación judicial, generaría una “des-cooperación judicial” en el momento en que sus normas pueden ser cuestionadas por cada instancia judicial nacional, sin haber pasado previamente por el filtro de un órgano unificador de criterios.

Por todo lo anterior, es importante que el desarrollo del Tercer Pilar pase por una tendencia a su comunitarización, pero siempre que se introduzcan medidas correctoras que compensen las deficiencias de esta opción. Mi tesis normativa pasa por reconocer el carácter europeo de los actos nacionales de ejecución del Derecho de la UE. De la

misma manera que el Estado actúa sujeto a *todo* el Derecho comunitario, incluidos los derechos fundamentales, cuando lo ejecuta en sede legislativa, administrativa y judicial, esta sujeción debe aplicarse igualmente cuando la ejecución se vuelca en los actos de la Unión. Se trata, en definitiva, de aplicar al Tercer Pilar la doctrina *Wachauf*, tal como ha sido esbozada por el Tribunal de Justicia⁴³. Así, la ejecución de una Decisión Marco requiere una implementación acorde con el contenido de la misma, pero también con “los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”. Este mandato de protección iusfundamental está previsto en el artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea, por lo que su aplicación resulta imperativa para el órgano jurisdiccional que tenga una duda sobre la norma UE que tenga que aplicar, o sobre el acto nacional que la transpone.

Así las cosas, las objeciones iusfundamentales que se planteen a los actos del Tercer Pilar así como a los actos de ejecución, requerirán una cuestión prejudicial previa al Tribunal de Justicia. Por tanto, será este Tribunal el encargado de realizar una interpretación del acto cuestionado a la luz de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, hasta alcanzar un término que satisfaga un nivel suficiente de protección. Al menos, este nivel de protección debe cumplir las exigencias del criterio de la equivalencia, al tiempo que debe generar confianza entre todos los actores implicados, que en este caso son los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros. Así, la respuesta del Tribunal de Justicia, una vez en sede nacional, deberá generar la suficiente convicción en los interlocutores como para ser aceptada.

Esta tesis debe ser corregida con dos medidas: en primer lugar, los Estados que hayan limitado la competencia prejudicial de sus órganos jurisdiccionales *ex* artículo 35 TUE deben ampliarla, para que sea un cauce de diálogo abierto para todos. España, entre otros, debería acometer esta labor. En segundo lugar, la creación del diálogo prejudicial debería comenzar a producirse, asimismo, desde las instancias constitucionales nacionales. Los Tribunales Constitucionales deben desprenderse de los prejuicios institucionalistas y plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, cuando entiendan que el criterio de Luxemburgo puede resolver las dudas que plantea un caso concreto. Un ejemplo destacado lo encontramos en España, donde el Tribunal Constitucional se ha resistido a plantear cuestión prejudicial alguna, pero que ahora, a la luz de la saga de la *euro-orden*, tiene una ocasión de oro para hacerlo por primera vez⁴⁴. A fin de cuentas, el Tribunal estará legitimado para plantear la cuestión como órgano cuyas resoluciones no son susceptibles de ulterior recurso. Pero lo importante es que en sus manos residirá el mantenimiento de la autoridad interpretativa del Tribunal de Justicia en asuntos europeos, o la creación de una atomización jurisdiccional como la que ha contribuido a generar el Tribunal Constitucional federal alemán. De esta manera, si el Tribunal de Justicia considera que la Decisión Marco así como los actos nacionales de ejecución no se conforman con los derechos fundamentales, tal como están reconocidos en el artículo 6 TUE, el Tribunal Constitucional pasaría posteriormente,

⁴³ Asunto *Wachauf*, 5/88, de 13-7-1989. Una

⁴⁴ Actualmente el Tribunal Constitucional ha suspendido la ejecución de cuatro *euro-órdenes*, en el marco de cinco recursos de amparo, mediante Autos de 17-7-2004, 18-10-2004, 7-6-2005 y 18-7-2005.

una vez recibida la respuesta desde Luxemburgo, a depurar el ordenamiento español. Al mismo tiempo el legislador europeo, como consecuencia de la decisión del Tribunal de Justicia, estaría llamado a reformar el acto europeo lesivo de derechos fundamentales, al tiempo que el conjunto del sistema se habría subsanado de forma unitaria y coordinada en todo el territorio.

VII. CONCLUSIONES.

La Sentencia *Maria Pupino* ha supuesto una vigorosa entrada del Tribunal de Justicia en el debate sobre la constitucionalización del Tercer Pilar de la Unión Europea. La resolución se adopta en un momento crucial para el futuro de la Unión y sus Instituciones, en plena crisis política tras la paralización de la ratificación de la Constitución Europea, pero también en un momento de incertidumbre sobre el papel de los Tribunales nacionales y europeos en la garantía de los derechos fundamentales en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Este es el contexto en el que debemos analizar el significado de la Sentencia *Maria Pupino*, pues la contundencia de sus términos se comprende mejor cuando se analizan a la luz de su entorno. Así, el Tribunal de Justicia parece haber lanzado dos mensajes diferenciados pero íntimamente ligados entre sí.

En primer lugar, la Sentencia *Maria Pupino* puede interpretarse como la reacción del Tribunal al estancamiento político de las Instituciones europeas. En línea con lo ocurrido durante momentos de crisis en tiempos pasados, el Tribunal ha optado por dar al proceso de integración un impulso que la sede política no es capaz de asumir. Así, al reforzar la normatividad de las Decisiones Marco se fortalece igualmente la fuerza vinculante de un pilar “débil”, inclinándolo hacia su comunitarización con todas las consecuencias que ello trae consigo. Con esta decisión, los Estados miembros deben asumir que los acuerdos adoptados en el seno del Tercer Pilar no son pactos de naturaleza internacional, cuya efectividad queda condicionada a la buena fe de todos los firmantes. Al contrario, a partir de la Sentencia *Maria Pupino* se refuerzan los instrumentos de acción de las Instituciones de la Unión, así como la interlocución con los jueces nacionales, que pasan a ser un eje central en la ejecución de las normas de la UE en materia de Tercer Pilar.

En segundo lugar, la Sentencia hace un llamamiento a los Tribunales Constitucionales nacionales, así como a aquellas últimas instancias nacionales sobre las que recae la última palabra en materia de derechos fundamentales. La Sentencia *Maria Pupino* pretende confirmar el carácter gradualmente comunitario del Tercer Pilar, con todo lo que ello implica. Al acercar el efecto interpretativo de las Decisiones Marco hacia el terreno del efecto directo, el Tribunal de Justicia está ensanchando el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. El mensaje que lanza *Maria Pupino* es el de la sujeción de los Estados al Derecho de la Unión, incluidos los principios generales del Derecho, durante su ejecución normativa, judicial y administrativa. Por tanto, la realización por un Tribunal nacional de un control de constitucionalidad sobre este tipo de actos de ejecución supondría un retroceso, o cuando menos una conducta contraria al principio de cooperación leal, ahora también aplicable al Tercer Pilar. En otras palabras, el Tribunal de Justicia está reclamando para sí la competencia para pronunciarse sobre

este tipo de actos, tanto los europeos como los nacionales, y así mantener la coherencia del sistema. En definitiva el Tribunal reclama de los Tribunales Constitucionales nacionales una actitud como la mostrada por el Tribunal Constitucional alemán en su Sentencia *Solange II*⁴⁵, o por el Consejo Constitucional francés en sus Sentencias de junio y julio de 2004⁴⁶. En la medida en que los Estados ejecuten Derecho comunitario, y ahora también de la Unión, el control de constitucionalidad debe desplazarse hacia el escrutinio que pueda realizar el Tribunal de Justicia. Ello no implica de ninguna manera un desapoderamiento de los Tribunales nacionales, sino la oportunidad de que el Tribunal de Justicia se pronuncie en primer lugar y vele por la coherencia del sistema de fuentes europeo, garantizando siempre un nivel de protección iusfundamental equivalente con el previsto en los ordenamientos nacionales.

En este sentido, aunque en un supuesto distinto, se ha inclinado el Tribunal Constitucional español en su Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, relativa al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Refiriéndose al Derecho derivado a adoptar en la hipótesis de una Constitución Europea en vigor, el Tribunal Constitucional reconoció que

“producida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla, si bien la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos”⁴⁷.

⁴⁵ Sentencia de 22 de octubre de 1986, confirmada años después por la Sentencia de 7 de junio de 2000. Al respecto, cfr. PERNICE, I., *Les bananes et les droits fondamentaux: la Cour Constitutionnelle allemande fait le point*, Cahiers de Droit Européen, 2001, nº 3-4, p. 427 y ss; LÓPEZ CASTILLO, A., *Un nuevo paso en la andadura iuscomunitaria del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. El Auto (Sala Segunda) de 7 de junio de 2000*, RDCE, núm. 61, p. 349 y ss.; CALLEWAERT, J., *Les droits fondamentaux entre cours nationales et européennes*, Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme, 2001, nº 48, p. 1186 y ss.

⁴⁶ Cons. Const., 10 de junio de 2004, Economía numérica, nº2004-496 DC, JO 22 de junio de 2004; Cons.const., 1º de julio de 2004, Comunicaciones electrónicas, nº 2004-497 DC ; Cons.const., 29 de julio de 2004, Bioética, nº2004-498 DC del 29 de julio de 2004 ; Cons.const., 29 de julio de 2004, Tratos de los datos de carácter personal, nº2004-499 DC. Sobre estas resoluciones y las consecuencias que han supuesto para el ordenamiento jurídico francés, cfr. BURGORGUE-LARSEN, L., *El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa ante el Consejo constitucional francés: entre lo novedoso y lo ortodoxo, Francia resiste*, REDE, núm. 14; SEGURA SERRANO, A., *Primacía y control de constitucionalidad del Derecho comunitario en Francia*, RDCE, núm. 20 y TAMBOU, O., *El Consejo constitucional francés y la relación del Derecho comunitario con la Constitución francesa*, REDE, núm. 12.

⁴⁷ En opinión de ALONSO GARCÍA, R., *Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía*, REDC, núm. 73, “La Constitución no puede, por tanto, considerarse marco de validez de las normas comunitarias derivadas; descartado así el control sobre éstas en términos de constitucionalidad (interna), queda consecuentemente descartada su declaración de inconstitucionalidad y, con ella, la posibilidad de poner en jaque el principio europeo de primacía .

¿Y a qué se debe que la Constitución Española no pueda considerarse marco de validez de las normas comunitarias?

Así las cosas, sólo el futuro nos mostrará si la Sentencia *Maria Pupino* logra alcanzar sus objetivos. De momento el Tribunal Constitucional Federal alemán ha lanzado un mensaje contradictorio, pero sería previsible que otras jurisdicciones constitucionales nacionales caminaran en el sentido que he defendido en estas páginas. A fin de cuentas, la coherencia del sistema de fuentes es también una garantía del ordenamiento nacional. Durante las últimas décadas, el grado de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea no se ha visto mermado con la intervención preferente del Tribunal de Justicia, sino justo al contrario. En una Unión cada vez más ampliada, la función aglutinadora y correctora del Tribunal de Justicia será una necesidad imperativa, y en ese camino deben caminar las jurisdicciones constitucionales nacionales. Mediante la instauración de un diálogo constitucional entre los todos los actores implicados, el Derecho de la Unión sólo puede ganar en legitimidad y autoridad. Una autoridad que repercute, a su vez, en la legitimidad del Derecho nacional, y por tanto en el conjunto de los Estados miembros. La Sentencia *Maria Pupino* es la primera piedra de este edificio. Los Tribunales Constitucionales deberán aportar, a partir de ahora, el cemento que permita cohesionar cada una de las partes.

A que, en virtud del artículo 93, dicha validez sólo puede cotejarse a la luz del propio ordenamiento jurídico comunitario, siempre y cuando aquél comparta los principios y valores básicos que presiden el propio ordenamiento jurídico español.”