

COMENTARIO AL CASO PUPINO

Marta Muñoz de Morales Romero

Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales

Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional

Universidad de Castilla – La Mancha, 2006

<http://www.cienciaspenales.net>

La aplicación del principio de interpretación conforme a las decisiones-marco:  
¿Hacia el efecto directo?: Especial referencia al Caso *Pupino*  
Marta M. MORALES ROMERO\*

## I. Introducción.

El 16 de junio de 2005 el TJCE dictaba una sentencia histórica de gran interés en la que por primera vez se obliga a los jueces nacionales a interpretar su derecho nacional conforme a las disposiciones contenidas en las decisiones marco, previstas en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal.

El principio de interpretación conforme, harto conocido en el ámbito de las directivas, presenta problemas de singular relevancia que ni siquiera han sido resueltos en la actualidad y de forma homogénea por el Tribunal de Justicia: su similitud con el efecto directo<sup>1</sup>, así como la posibilidad de invocarlo en relaciones jurídicas horizontales hacen que su aplicación sea mirada con recelo por la doctrina y también –aunque sólo en ocasiones– por el TJCE<sup>2</sup>. A ello se añade el hecho de que el marco jurídico en el que se encuadran las decisiones marco es distinto, ya que su procedimiento de adopción y su control jurisdiccional difiere sustancialmente del comunitario.

El hecho de no existir una frontera claramente definida entre efecto jurídico e interpretación conforme es todavía más preocupante en el ámbito de las decisiones marco pues el propio Tratado de la Unión Europea –derecho originario– no les concede efecto directo. Luego, el asunto *Pupino* es realmente innovador y puede acarrear futuras resoluciones por parte del Tribunal de Justicia que lejos de obligar al juez nacional a una interpretación conforme, estén en realidad exigiéndole aplicar directamente una decisión marco, efecto excluido de modo categórico en relación a dichas disposiciones normativas.

## II. El asunto *Pupino* como primera resolución reconocedora de la obligación de los jueces de interpretar el derecho nacional conforme a las decisiones marco.

El asunto C-105/03 trae a colación un caso de delito de malos tratos así como de lesiones de los que está presuntamente acusada la Sra. María Pupino.

La cuestión prejudicial fue planteada en relación a las dudas que se le presentan al juez nacional italiano a la hora de permitir la celebración de un incidente probatorio

---

\* La realización de este trabajo ha sido posible gracias a la beca FPU del Ministerio de Educación y Ciencia concedida en abril del año 2005.

<sup>1</sup> *Vide* las conclusiones presentadas el 27 de abril de 2004 por el A.G. Ruiz-Jarobo Colomer en el asunto *Pfeiffer*. Señala este autor que la conciliación de la negación del efecto directo horizontal de las directivas con la exigencia de la interpretación conforme es uno de los dilemas más complejos del Derecho comunitario, al que no es fácil proporcionar una solución.

<sup>2</sup> La introducción de la responsabilidad patrimonial como vía complementaria al efecto directo y a la interpretación conforme a las directivas en el plano de las relaciones horizontales (asunto *Faccini Dori*) parece retratar un cierto sentimiento de arrepentimiento por parte del Tribunal de Justicia.

solicitado por el Ministerio fiscal con la finalidad de interrogar a las víctimas del delito en un momento anterior a la celebración del juicio oral. En concreto, las dudas versan en torno al art. 392 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal italiana (en adelante LECrim) que regula los supuestos en los que es posible solicitar la práctica de prueba anticipada.

El proceso penal italiano al igual que el español distingue dos fases: la fase instructora y la fase del juicio oral<sup>3</sup>, siendo la regla general que sólo las pruebas practicadas en el juicio oral tienen eficacia probatoria. Sin embargo, en determinadas circunstancias es posible anticipar la práctica de la prueba, lo que significa que todos los elementos así obtenidos tendrán el mismo valor probatorio que los recabados en la segunda fase del procedimiento.

Una de esas pruebas que puede anticiparse en el proceso italiano es el interrogatorio de testigos. Para ello, tendrá que concurrir alguna/s de las siguientes circunstancias previstas en el art. 392.1 y 392.1 *bis* LECrim, entre otras:

- Que exista un motivo fundado para considerar que el testigo no puede ser examinado en el juicio oral por enfermedad o impedimento grave.
- Que existan motivos que hagan pensar que el testigo puede verse expuesto a violencia, amenazas, ofertas o promesas de dinero o de otras ventajas, para impedirle testificar o para que preste falso testimonio.
- Que se trate de niños menores de 16 años siempre y cuando el delito investigado atente contra la libertad sexual (art. 392,1 *bis*)<sup>4</sup>. En este último supuesto no será necesaria la concurrencia de ninguna de las circunstancias señaladas en los apartados anteriores.

A pesar de no encontrarse en ninguno de los supuestos contemplados en el art. 392.1 de la LECrim, y no siendo tampoco de aplicación el art. 392.1 *bis*, el Ministerio fiscal solicitó la práctica del incidente probatorio alegando que el ejercicio de la prueba no podía retrasarse hasta el juicio oral dada la corta edad de los testigos y las inevitables modificaciones de su estado psicológico, así como un eventual proceso de represión psicológica<sup>5</sup>.

El juez italiano entendió que al no disponer su derecho nacional de ningún trámite que autorizase la práctica del incidente probatorio respecto de hechos como los que se imputan a la procesada, la solicitud del Ministerio Fiscal debía ser rechazada. Es por ello que interpuso una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia sobre la incompatibilidad entre el art. 392, apartado 1 *bis*, y 298, apartado 5 *bis* de la LECrim con los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa

---

<sup>3</sup> El supuesto italiano es muy similar al español con la salvedad de que es el fiscal el que lleva a cabo la instrucción bajo la dirección del juez.

<sup>4</sup> Art. 398,5 *bis*: En los procesos relativos a los delitos contemplados en los artículos 600 *bis*, 600 *ter*, 600 quinquies, 609 *bis*, 609 *quater*, 609 quinquies, 609 octies del Código Penal, 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.

<sup>5</sup> Fundamento nº 16 de la Sentencia.

al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI)<sup>6</sup>, en la medida en que tales disposiciones limitan a los delitos contra libertad sexual o de carácter sexual la facultad del Juez de Instrucción de recurrir a la práctica anticipada de la prueba y a las formas particulares de obtención y verificación de la prueba<sup>7</sup>.

El art. 2 de la citada decisión marco obliga a los Estados miembros a garantizar que las víctimas sean tratadas durante las actuaciones con el debido respeto a su dignidad personal (...), mientras que el art. 3 les obliga a escuchar a la víctima durante las actuaciones con el fin de facilitar nuevos elementos de prueba<sup>8</sup>.

Pero quizás el artículo que presenta una mayor incompatibilidad con el derecho nacional italiano es el art. 8 de la decisión marco, concretamente el apartado 4 al exigir a los Estados miembros la adopción de las medidas necesarias para proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública. Por ello, se establece la posibilidad de testificar en condiciones que permitan alcanzar este objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho.

Ese medio compatible con los principios fundamentales de su Derecho lo encuentra el Tribunal de Justicia en la interpretación extensiva del art. 392.1 *bis* y 398 de la LECrim italiana. En opinión del Tribunal, la interpretación extensiva de tales preceptos es perfectamente compatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (en lo sucesivo CEDH), concretamente con el art. 6 por el que se reconoce el derecho a un proceso equitativo<sup>9</sup> así como con la jurisprudencia del

---

<sup>6</sup> DOUE L 82, de 11 de Marzo de 2001.

<sup>7</sup> En la cuestión prejudicial planteada por el juez italiano también se preguntaba acerca de la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse y a los meros efectos interpretativos sobre las disposiciones concernientes al título VI del Tratado de la Unión Europea. El Tribunal de Justicia señaló (fundamento 35 de la sentencia *Pupino*) que “la circunstancia de que las competencias del Tribunal de Justicia, en virtud del artículo 35 TUE, sean menores en el marco del título VI del Tratado de la Unión Europea que con arreglo al Tratado CE y el hecho de que no exista un sistema completo de recursos y de procedimientos destinado a garantizar la legalidad de los actos de la instituciones en el marco de dicho título VI no se oponen a esta conclusión [es decir, a la posibilidad de que el Tribunal de Justicia pueda pronunciarse a efectos interpretativos sobre actos del Tercer Pilar en general, y, en particular, respecto a las decisiones marco]”. En virtud del art. 35 TUE la competencia del TJCE en este ámbito sólo es posible en los casos en los que medie declaración por parte del Estado miembro que así lo prevea. Declaración que existe en el caso de la República italiana (DOUE el 1 de mayo de 1999). El efecto de esta disposición es de tal magnitud que si un Estado miembro plantea una cuestión prejudicial, la interpretación que lleve a cabo el Tribunal de Justicia vinculará a todos los órganos jurisdiccionales internos con independencia de que el Estado al que pertenezcan haya o no aceptado la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales (*Vide GONZÁLEZ ALONSO, L. N.: “La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia”, RDCE, nº 4, 1998, p. 531 y VALLE GÁLVEZ, A.: “La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, RDCE, nº 3, 1998, p. 69.*)

<sup>8</sup> Precisamente, el Ministerio Fiscal italiano al solicitar el incidente probatorio no perseguía sino otra cosa que preservar la intimidad, dignidad y tranquilidad de los menores. Estaba llevando a cabo pues las medidas que los art. 3 y 4 de la decisión marco obligan a adoptar a los Estados miembros. *Vide infra* III. 4. b).

<sup>9</sup> Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo.

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la

TEDH<sup>10</sup>. Y es compatible con el CEDH porque el hecho de permitir la práctica del interrogatorio de las víctimas menores de edad con anterioridad a la vista del juicio oral no interfiere en la responsabilidad penal del interesado, sino en el desarrollo del procedimiento y las formas de practicar la prueba.

### III. El asunto *Pupino* y la utilización del principio de interpretación conforme en el Tercer Pilar.

#### 1. Cuestiones preliminares.

El principio de interpretación conforme se reconoce en el ámbito de las directivas con la finalidad fundamental de paliar los inconvenientes que presentaba la teoría del efecto directo, fundamentalmente su no aplicación en el caso de litigios horizontales, limitando así la libertad de los Estados miembros en el periodo de tiempo que transcurre desde la adopción de la directiva y el término de su plazo de transposición.

La sentencia clave que marca un antes y un después en esta materia es *Von Colson y Kamann*<sup>11</sup> en la que se reconoce por primera vez y como principio general la eficacia interpretativa de las directivas.

No obstante, hasta llegar a este reconocimiento expreso el Tribunal de Justicia fue preparando el terreno con una serie de pronunciamientos que si bien no concebían la interpretación conforme como un principio *strictu sensu* sirvieron para perfilar su

---

Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pueda ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;

b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;

c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;

d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;

e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia.

<sup>10</sup> A modo de ejemplo, véanse las sentencias del TEDH de 20 de diciembre de 2001, *P.S. c. Alemania*; de 2 de julio de 2002; *S.N. c. Suecia* (Reports of Judgements and Decisions 2002-V); de 13 de febrero de 2004, *Rachead c. Francia*, y resolución de 20 de enero de 2005, *Accardi y otros c. Italia*, demanda nº 3059/02).

<sup>11</sup> STJCE de 10 de abril de 1984 (14/83), asuntos 14/83 y 79/83, Rec. pp. 1891 y ss. En ella se plantearon dos cuestiones prejudiciales por el Arbeitsgericht de Hamburgo con objeto de resolver sendos litigios planteados por infracción del artículo 611 del BGB alemán, norma de transposición de la Directiva 76/207 sobre igualdad de trato por razón de sexo en el acceso al empleo. Las dos demandantes denunciaban una discriminación de este tipo.

contenido y significado. Me estoy refiriendo a los asuntos *Friedrich Haaga*; *Carmelo Bonsignore* y *Mazzalai*<sup>12</sup>.

La nota común en estos tres asuntos es que el Tribunal de Justicia establece el principio de interpretación conforme no como una obligación, sino como una potestad de los jueces nacionales que pueden utilizar si lo consideran oportuno. Pero la obligación propiamente dicha surge, tal y como se ha adelantado, en *Von Colson/Kamann*<sup>13</sup> y *Harz*. En ambas sentencias los hechos son similares con la diferencia de que en *Harz* tiene lugar una reclamación horizontal<sup>14</sup>.

La base jurídica a la que se agarra el Tribunal de Justicia para establecer la interpretación conforme como una obligación en toda regla la encuentra en los art. 5 TCE<sup>15</sup> y 189,3 TCE<sup>16</sup>, es decir, el principio de cooperación leal y la obligación de los Estados de aplicar el contenido de una directiva.

---

<sup>12</sup> SSTJCE de 12 de noviembre de 1974, asunto 32/74, pp. 1201 y ss.; de 26 de febrero de 1975, asunto 67/74 y de 20 de mayo de 1976, asunto 111/75, pp. 657 y ss.

<sup>13</sup> El asunto *Von Colson y Kamann* tiene su origen en una demanda contra el centro penitenciario de Werl por considerar que dicho centro, exclusivamente para presos varones, rechazó su contratación como trabajadoras por razón de sexo eligiendo a trabajadores masculinos que sin embargo estaban menos cualificados que ellas. Las demandantes solicitaban que se les hiciese un contrato de empleo en la prisión o de lo contrario que se les pagara una cantidad equivalente a seis meses de salario en concepto de daños y perjuicios. El tribunal de trabajo de Hamburgo consideró probada la existencia de discriminación y plantea al TJCE una cuestión prejudicial para saber si de la directiva 76/207 (relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo a la formación y a la promoción profesionales) se desprende la exigencia de sancionar el comportamiento discriminatorio del empresario así como la obligación de celebrar un contrato con el candidato discriminado.

Importante es destacar en este punto que el Derecho alemán tan sólo preveía como sanción la reparación del perjuicio sufrido por el trabajador.

Por otro lado, también se planteaba ante el TJCE si los particulares podían invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales las disposiciones de la directiva en los plazos previstos, en defecto de adaptación a la misma del ordenamiento jurídico nacional.

<sup>14</sup> La Sra. Harz concurría a un puesto de trabajo ofrecido por Deutsche Tradax GmbH cuyo director rechaza su solicitud informándole que sólo se estudiarían las solicitudes de los candidatos masculinos pese a que ella reunía las cualidades necesarias para optar al empleo. La razón de este rechazo se debía a que la empresa suministraba grandes cantidades de cereales a Arabia Saudí, país cuya estructura social y religiosa impedía que fuesen mujeres las que interviniesen en negocios.

Ante tales circunstancias, la Sña. Harz recurre al Tribunal de Trabajo de Hamburgo solicitando que se la admitiera en el puesto de trabajo o se le pagaran los daños y perjuicios ocasionados alegando el incumplimiento de la directiva 76/207 así como el Código Civil alemán.

El Tribunal laboral alemán planteó cinco cuestiones prejudiciales. Las cuatro primeras tenían por objeto determinar la naturaleza de la reparación a la que tenían derecho las víctimas de la discriminación conforme al art. 611 a (2) del CC alemán y de acuerdo con la directiva antes dictada; averiguar si la directiva obligaba a aplicar una sanción particular y a celebrar un contrato de trabajo. En la quinta se planteaba la posibilidad de los particulares de invocar, ante los órganos jurisdiccionales nacionales, las disposiciones de la directiva en los plazos previstos en defecto de adaptación correcta de la misma al ordenamiento jurídico nacional. Es decir, se preguntaba si la directiva podía tener efecto directo horizontal.

<sup>15</sup> Actual art. 10 TCE: "Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión".

Asimismo, de estas dos grandes sentencias se extraen otras consecuencias, no menos importantes. Una de carácter subjetivo, la otra de índole objetiva.

En cuanto a los sujetos, cualquier autoridad nacional, incluidas las judiciales, quedan vinculadas por el principio de interpretación conforme siempre y cuando actúen en el ámbito de sus competencias.

Por otro lado, la obligación de interpretar conforme no sólo se limita a aquellas disposiciones que actúan como normas de transposición de la directiva, sino a cualquier otra disposición de derecho nacional.

A partir de *Von Colson y Harz* se han ido sucediendo toda una serie de sentencias, algunas acertadas, otras no tanto<sup>17</sup>, que se irán mencionando a lo largo de este trabajo según la materia que sea examinada al tratar la interpretación conforme en el ámbito específico de las decisiones marco.

## **2. La específica ubicación de las decisiones marco en el Título VI del TUE<sup>18</sup>.**

Antes de plantearse si la teoría de la interpretación conforme es aplicable a las decisiones marco, es necesario realizar un breve análisis de la ubicación de este instrumento normativo en comparación con las directivas para así ver sus diferencias y similitudes y poder extraer conclusiones comunes.

Las decisiones marco son normas comunitarias de derecho derivado que contribuyen al desarrollo del Título VI del TUE que, bajo la rúbrica “Disposiciones relativas a la cooperación policial y penal en materia penal (arts. 29-42), se concibe como una “política o forma de cooperación”, aglutinando aquellas materias que por su vinculación especial al ejercicio de la coerción propia del núcleo duro de la soberanía estatal no llegaron a “comunitarizarse” con el Tratado de Ámsterdam<sup>19</sup>.

Su peculiaridad radica en que posee los caracteres propios de un sistema de cooperación intergubernamental: no atribución de competencias, preeminencia decisoria del Consejo, menor papel de las otras Instituciones comunitarias, la

---

<sup>16</sup> Actual art. 249 par. 3 TCE: “La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”.

<sup>17</sup> Por ejemplo el asunto *Marleasing*, en que se llegó completamente a confundir efecto directo e interpretación conforme.

<sup>18</sup> En profundidad, *vide* MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.: “Instituciones y derecho de la Unión Europea”. Ed. Tecnos. Quinta Edición. Madrid 2005, pp. 715-742; ARANGÜENA FANEGO, C.: “Avances en la cooperación judicial penal en la Unión Europea”, en *Logros, iniciativas y retos institucionales y económicos: La Unión Europea del siglo XXI*. Ed. Lex Nova. Valladolid, junio de 2005, pp. 105-131 y ELSEN, Ch.: “El espacio judicial europeo. Situación actual y perspectivas de futuro”, Seminario sobre el Espacio judicial europeo celebrado en Toledo los días 29-31 de octubre de 2003.

<sup>19</sup> Las materias que se “comunitarizaron” aparecen recogidas en el Título IV del TCE bajo la rúbrica “Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas” (arts. 61 a 69 del TCE).

unanimidad como sistema básico de adopción de decisiones, actos no dotados de aplicabilidad ni de efecto directo, etc.

Ello no debe inducir a error porque su configuración como forma de cooperación es bastante menos radical que la PESC. En efecto, y pese a la opción de los Estados miembros de no “comunitarizar” la cooperación policial y judicial, quedó patente la insuficiencia del marco puramente intergubernamental para regular estas materias, la necesidad de crear un marco jurídico más eficaz y la convicción de la dificultad, por no decir imposibilidad, de separar radicalmente dichas materias de las otras que actualmente se encuentran en el Título IV del TCE.

No es de extrañar por todas estas razones que el Título VI del TUE se configure como un híbrido entre lo comunitario y lo intergubernamental.

*a. El objetivo general del Título VI y sus líneas de actuación.*

El art. 29 TUE señala que el objetivo general de esta forma de cooperación es “ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia” mediante “la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude”.

Este objetivo general encuadra una triple actuación:

a. La cooperación entre las fuerzas policiales, autoridades aduaneras y otras autoridades competentes, bien de forma directa bien a través de la Oficina Europea de Policía –Europol- (arts. 30 y 32 TUE).

b. La cooperación entre las autoridades judiciales y otras autoridades competentes (art. 31 TUE)<sup>20</sup>.

c. La aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia penal referida al establecimiento de normas mínimas sobre los elementos constitutivos del delito y de las penas en el sentido señalado por la cooperación penal, es decir, en el sentido marcado por las decisiones marco que se han ido adoptando sobre esta materia<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> De especial importancia es en este contexto la creación de la Red Judicial Europea en 1998 (Acción común 98/428/JAI, DO nº L 191, de 7 de julio de 1998) y de la Unidad Europea de Cooperación Judicial o Eurojust (Decisión del Consejo 2002/187/JAI, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia, DO nº L 63, de 6 de marzo de 2002).

<sup>21</sup> Por ejemplo, la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo (DO nº L 164, de 22 de junio de 2002); la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (DO nº L 82, de 22 de marzo de 2001); la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros (DO nº L 190, de 18 de julio de 2002); la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (DO nº L 203, de 1 de agosto de 2002), la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado (DO nº L 192, de 31 de julio de 2003).

### ***b. Los procedimientos de adopción de decisiones y los instrumentos.***

El carácter híbrido de la cooperación policial y judicial al que antes me he referido tiene su máxima expresión tanto en los procedimientos de adopción de decisiones como en los instrumentos jurídicos fruto de las decisiones adoptadas en este ámbito.

La nota de intergubernamental está presente en la configuración del sistema de adopción de decisiones en torno al Consejo que decide por lo general y, en cualquier caso en lo relevante, por unanimidad y en la menor intensidad de la participación de las otras instituciones. No obstante, la intergubernamentalidad no es tan acusada como ocurre en la PESC ya que en la cooperación policial y judicial penal actual se contempla:

a. La aplicación de la mayoría cualificada en el Consejo para adoptar medidas de aplicación de las “decisiones” y mayoría de los miembros en las cuestiones de procedimiento (arts. 34.2 c) y 34.4).

b. La similitud de algunos instrumentos de este ámbito como las Decisiones marco con los actos comunitarios, en particular con las directivas que por su definición como actos que obligan en el resultado y dejan libertad de elección de los medios a los Estados, se acercan considerablemente a las directivas y ahora a partir de *Pupino* más.

c. El reconocimiento de la capacidad de iniciativa de la Comisión, compartida con los Estados miembros, otorgándole un papel relevante en el desarrollo de la acción en estas materias (art. 34.2 TUE).

d. Las facultades del Parlamento Europeo que recibe información regularmente y puede formular preguntas o dirigir recomendaciones al Consejo. Así, el TUE contempla la obligación de consulta al PE (salvo en posiciones comunes) y faculta al Consejo para establecer el plazo de emisión del dictamen que no será inferior a tres meses (art. 39 TUE).

e. Por último, la atribución de competencias del TJCE (arts. 35 TUE), ciertamente más reducidas y condicionadas que en el ámbito comunitario<sup>22</sup>, pero que abren una importante vía de control y que ahondan las diferencias con la otra forma o política de cooperación, la PESC, donde está excluida toda competencia del TJCE.

No obstante, su intergubernamentalidad queda patente en la creación de un Comité de coordinación compuesto por altos funcionarios que pese a la asociación de

---

2003) y la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (DO n° L 13, de 20 de enero de 2004).

<sup>22</sup> Art. 35.5 TUE: “El TJCE no será competente para controlar la validez o proporcionalidad de las operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumban a los Estados miembros respecto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior”.

la Comisión a los trabajos en estas materias y la salvaguardia de las funciones del COREPER y de la Secretaría General del Consejo tiene capacidad para formular dictámenes dirigidos al Consejo y al que se le reconocen funciones en la preparación de los trabajos del Consejo (art. 36 TUE).

Por otro lado, las disposiciones relativas a la cooperación judicial y policial presentan importantes límites en relación a las competencias del TJCE<sup>23</sup> y a la parte del acervo Schengen que queda incluida dentro del Título VI lo cual provoca el inconveniente de las excepciones de participación de algunos Estados miembros – Reino Unido, Irlanda y Dinamarca- originando una dispersión de los regímenes jurídicos del Título VI nada deseable.

Para terminar, el Tercer Pilar queda sometido también a eventuales acciones de “cooperación reforzada”, entre algunos de sus miembros en las condiciones previstas en los artículos 43 y 44.

### ***c. La cooperación judicial tras el Consejo de Tampere de 1999 y de La Haya de 2004.***

La Cumbre de Tampere celebrada los días 15 y 16 de octubre de 1999 supuso un gran impulso para la cooperación en el ámbito de la Justicia y Asuntos de Interior con la culminación de un programa de trabajo continuado posteriormente en noviembre de 2004 con el Consejo Europeo de la Haya<sup>24</sup>.

En Tampere se fijan las líneas básicas de cooperación<sup>25</sup> para las Áreas de Libertad, Seguridad y Justicia, dando un gran impulso político durante los cinco años siguientes a la puesta en marcha de un acuerdo legal reafirmado con el Tratado de Ámsterdam de 1997: Capítulo IV del Tratado de Asilo, inmigración, control de fronteras y cooperación judicial en materias civiles del CE, y Capítulo VI del Tratado para la cooperación policial y judicial en materias penales de la UE.

Este gran impulso de la cooperación coincide con los acontecimientos acaecidos en Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001 que sin duda alguna marcaron un antes y un después en esta materia. Así, y bajo el influjo de la Presidencia Española de 2002 surgieron importantes Decisiones como la relativa a Eurojust<sup>26</sup>, a la orden de detención y entrega europea<sup>27</sup> o al terrorismo<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> BONN, M.: “El Programa de La Haya. Consolidación de la Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea”. En las Actas al Congreso sobre la Orden de Detención y Entrega Europea celebrado en Toledo los días 8-11 de noviembre de 2004 (Programa AGIS 2004).

<sup>25</sup> Líneas de actuación que se centran en tres aspectos: 1. La armonización y el acercamiento de las legislaciones. 2. La vía de reconocimiento de las decisiones extranjeras, considerada como piedra angular de la cooperación judicial y 3. La creación de Eurojust, pareja judicial de Europol, con la finalidad de establecer la primera vía de cooperación y coordinación entre autoridades judiciales.

<sup>26</sup> DO L 63 de 6.3.2002

<sup>27</sup> DO L 190 de 18.7.2002

<sup>28</sup> DO L 164 de 22.6.2002

Por su parte, el Programa de la Haya recoge las diez prioridades de la Unión destinadas a reforzar el espacio de libertad, seguridad y justicia durante los próximos cinco años. Prioridades que se reducen esquemáticamente a tres ámbitos: políticas de inmigración y asilo, fortalecimiento de los derechos fundamentales y de la ciudadanía y lucha contra la delincuencia organizada y el terrorismo<sup>29</sup>.

*d. Los avances en materia de cooperación policial y judicial tras el Tratado de Niza y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.*

Poco puede decirse del Tratado Niza porque en verdad no es mucha su aportación al Tercer Pilar. Tan sólo puede citarse como trascendente la inclusión de Eurojust en el TUE (artículo 31) y la alteración del régimen de cooperación reforzada.

Por el contrario, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004<sup>30</sup>, avanza considerablemente en esta materia siendo sin duda alguna su principal novedad la desaparición de la estructura en pilares con la consecuente agrupación en una única estructura de todas las políticas de la Unión.

En líneas generales puede resumirse su aportación al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la sustitución de los actuales instrumentos normativos de cooperación por leyes y leyes-marco europeas; la ampliación de los poderes de la Comisión, el Parlamento, el TJCE y los Parlamentos Nacionales durante la elaboración de las normas jurídicas, admitiendo la iniciativa normativa de un grupo de Estados miembros; el abandono en gran parte del derecho de veto a favor de la norma de la mayoría cualificada; el impulso definitivo de Eurojust con la posible creación de una Fiscalía europea para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, con la posibilidad de ampliar sus competencias a la lucha contra la delincuencia grave que tenga una dimensión transfronteriza<sup>31</sup>.

**3. La equiparación de las decisiones marco con las directivas y el principio de cooperación leal como fundamento de la interpretación conforme en el Tercer Pilar.**

El TJCE ha fundamentado la interpretación conforme a las decisiones-marco en su carácter similar con las directivas y en el principio de cooperación o colaboración leal recogido en el art. 10 del TCE<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Para ello prevé la consolidación y fortalecimiento del principio de reconocimiento mutuo y de intercambio de información tanto judicial como policial.

<sup>30</sup> DO C 310, de 16 de diciembre de 2004.

<sup>31</sup> Vide FONSECA MORILLO, F.: *Reformas de la arquitectura institucional y del proceso de toma de decisiones institucionales en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*. En *Logros, iniciativas y retos institucionales y económicos: La Unión Europea del Siglo XXI*. Ed. Lex Nova. Valladolid, junio de 2005, pp. 33-59.

<sup>32</sup> Al igual que la A.G. Kokott en el cons. nº 36 de sus conclusiones: "(...) del artículo 34 UE, apartado 2, letra b), y del principio de lealtad a la Unión se deduce que las decisiones marco obligan a los órganos jurisdiccionales nacionales a interpretar el Derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores

A pesar de las diferencias existentes entre una directiva y una decisión marco<sup>33</sup>, como puede ser la privación de efecto directo de ésta última, las nulas competencias del TJCE para controlar su validez o proporcionalidad, el inconveniente de que la Comisión no puede iniciar ningún procedimiento por incumplimiento, su adopción por unanimidad, su carácter intergubernamental o la imposibilidad de control judicial por parte del TJCE a no ser que el Estado miembro haya declarado expresamente que acepta la competencia prejudicial del Tribunal en este ámbito, la A.G. Kokott insistió en su equiparación<sup>34</sup>:

“(…) Las decisiones marco a las 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”<sup>35</sup>.

Equiparación que también sostuvo el TJCE<sup>36</sup> añadiendo que su competencia prejudicial que le concede el art. 35 TUE carecería de efecto útil alguno 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”<sup>37</sup>.

El paralelismo existente entre ambas normas fue especialmente discutido por el Gobierno sueco al considerar que los actos adoptados con arreglo al Título VI tienen

---

a la decisión marco, haciendo todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la decisión marco, para alcanzar el resultado perseguido por ésta”.

<sup>33</sup> Que han reiterado algunos Estados miembros como Gran Bretaña e Italia.

<sup>34</sup> SARMIENTO, D.: “Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea: La sentencia *María Pupino* y el efecto directo de las decisiones marco”. Revista electrónica de estudios internacionales, nº 10, 2005p. 15: “si en *Pupino* se emplean elementos estructurales de la doctrina en materia de Directivas, y a ello sumamos que el Tribunal aparcó 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 equiparación”.

<sup>35</sup> Cons. nº 28 de sus conclusiones.

<sup>36</sup> Cons. nº 33 de la sentencia.

<sup>37</sup> Cons. nº 38 de la sentencia. No obstante, téngase en cuenta que la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia no es automática, sino facultativa, ya que corresponde a los Estados miembros aceptarla o no, mediante una declaración realizada en el momento de firmar el Tratado de Ámsterdam o en un momento posterior (*vide supra* nota nº 7). En consecuencia, no todos los particulares están en igualdad de condiciones pues dependerá que el Estado miembro cuyo derecho nacional rige la controversia haya realizado dicha declaración. Señala a este propósito SANTOS VARA, J.: “La aplicación de la doctrina de la interpretación conforme a las decisiones marco. El acercamiento de la cooperación policial y judicial en materia penal al primer pilar. Comentario a la sentencia del TJCE de 16 de junio de 2005, asunto *Pupino*”. En iustel.com, Revista General de Derecho Europeo, nº 8, octubre de 2005, p. 12 que “al igual que sucedió en el asunto *Océano Grupo Editorial S.A.*, no son precisamente los particulares quienes invocan el contenido de la decisión marco, sino que es el propio juez nacional el que de oficio propone llevar a cabo una interpretación conforme al Derecho nacional”.

naturaleza de Derecho internacional público y por tanto no pueden dar lugar a obligaciones basadas en el Derecho de la Unión Europea<sup>38</sup>. La A.G. Kokott señaló a este respecto que las decisiones marco no sólo tienen rasgos de intergubernamentalidad, sino también tintes comunitarios<sup>39</sup>. Pero es más, aunque ese fuera el caso, sería igualmente aplicable la doctrina de la interpretación conforme. Se le olvida a la A.G. argumentar semejante posición aunque el fundamento se encuentra en el principio de primacía del Derecho internacional sobre el ordenamiento comunitario<sup>40</sup>. En realidad poco o nada se aleja esta primacía de la que goza el Derecho comunitario respecto al Derecho interno. En consecuencia, si la jurisprudencia<sup>41</sup> ha admitido la interpretación conforme al derecho internacional, no sería menos coherente admitirla en relación al derecho comunitario en su conjunto incluyendo las normas jurídicas adoptadas en el marco del tercer pilar.

En cualquier caso, la idea latente tanto en las conclusiones de las A.G. Kokott como en la sentencia del TJCE es dejar constancia de que una decisión marco no es un acuerdo internacional porque de ella no se derivan propiamente dichas obligaciones internacionales asumidas por la Unión Europea o contraídas por los Estados miembros en el marco de la misma y el Derecho nacional.

Otra fundamentación de la interpretación conforme a las decisiones marco la encontró el TJCE en la utilización del art. 10 TCE, precepto que hace referencia al principio de cooperación o colaboración leal<sup>42</sup>:

---

<sup>38</sup> Apartado 29 de las conclusiones generales: "(...) A pesar de que el tenor literal del artículo 34 UE, apartado 2, letra b) es parecido al del artículo 249 CE, párrafo tercero, los efectos jurídicos de ambas disposiciones no son comparables. En este sentido es cierto que el Tribunal de Justicia ha declarado, especialmente en relación con el Espacio Económico Europeo, que la coincidencia literal de las disposiciones de un acuerdo con disposiciones comunitarias equivalentes no significa que ambas deban ser interpretadas de manera necesariamente idéntica. En efecto -también según el artículo 31 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969-, un tratado internacional no ha de interpretarse exclusivamente en función de los términos en que está redactado, sino también a la luz de sus objetivos".

<sup>39</sup> Cons. 32 de sus conclusiones: "El término políticas indica que (...) el Tratado de la Unión no sólo regula la cooperación interestatal, sino también el ejercicio común de soberanía por parte de la Unión".

<sup>40</sup> El Derecho comunitario y derivado y el Derecho nacional deben interpretarse de conformidad con las obligaciones internacionales vinculantes para la Comunidad, ya se trate de acuerdos internacionales concluidos por la Comunidad o de actos jurídicos adoptados en el marco de la estructura institucional creado por los tratados. Así lo ha declarado el TJCE en su jurisprudencia de manera constante (Sentencia de 10 de diciembre de 2000, *Dior/Asco*, C-300/98); de 21 de enero de 1993, *Deutsche Shell*, C-188/91).

<sup>41</sup> Y la doctrina. Vide ROLDÁN BARBERO: "La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de relaciones exteriores", en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y LIÑÁN NOGUERAS, D.: "El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial". Civitas. Madrid, 1993, p. 318: "(...) por analogía con lo dispuesto para las directivas, las jurisdicciones nacionales están obligadas a dar al derecho estatal, en la medida de lo posible, una interpretación conforme a los objetivos de los acuerdos internacionales que no atribuyen derechos a los particulares". Díez-Hochleitner, J.: "La posición del Derecho internacional en el ordenamiento comunitario". Mc Graw-Hill, Madrid, 1998, p. 92: "(...) en el caso de los jueces nacionales, la interpretación del Derecho nacional a la luz de las normas y obligaciones que vinculan a la Comunidad debe ser entendida como obligación derivada del carácter comunitario de las mismas, con fundamento directo, por lo tanto, en los artículos 5 y 228.7 del TCE" (citados todos por Santos Vara, J.: "La aplicación de la doctrina de la interpretación conforme a las decisiones marco (...), op., cit., p. 10).

<sup>42</sup> Sobre este principio véase Blanquet, M.: « L'article 5 du Traité CEE ». París, 1994 y Laso Pérez, J.: « La cooperación leal en el ordenamiento comunitario ». Colex. Madrid, 2000.

“Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión.

Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado”.

El *kit* de la cuestión radicaba en determinar si la aplicación de dicho principio podía trasladarse al Título VI del Tratado de la Unión Europea, es decir, a las disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal<sup>43</sup>. El Tribunal de Justicia se inclinó positivamente<sup>44</sup>:

“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, como señaló acertadamente la Abogado General en el punto 26 de sus conclusiones”<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Esta cuestión no era tan obvia en el caso de algunos EEMM: Conss. nº 39 de la sentencia y nº 25 de las conclusiones de la A.G. Kokott: “Los Gobiernos de Italia y Gran Bretaña hacen hincapié en que, en el Derecho de la Unión no existe una disposición equivalente al artículo 10 CE” ó “(...) alegan que, a diferencia del Tratado CE, el Tratado de la Unión Europea no incluye ninguna obligación análoga a la establecida en el artículo 10 CE, sobre la que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no obstante, se basó en parte para justificar la obligación de interpretación conforme del Derecho nacional respecto del Derecho comunitario”.

<sup>44</sup> Cons. nº 42 de la sentencia *Pupino*. *Vide* también las conclusiones del A.G Kokott a este mismo asunto, cons. nº 26 y 27: “(...) Puede deducirse de un examen conjunto de las disposiciones del Tratado de la Unión. En el artículo 1 UE se señala que el objetivo del Tratado de la Unión es constituir una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, sobre la que organizar de modo coherente y solidario las relaciones entre los Estados miembros y entre sus pueblos. Este objetivo no puede alcanzarse si los Estados miembros y las instituciones de la Unión no colaboran de manera leal y respetuosa con el Derecho. La cooperación leal entre los Estados miembros y las instituciones también es el objeto central del Título VI del Tratado de la Unión Europea, como se refleja en su epígrafe (Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal) y en casi todos sus artículos.

27. Desde ese punto de vista, lo dispuesto en el artículo 10 CE, esto es, el deber de cumplir las obligaciones y de abstenerse de toda medida perniciosa, es más que evidente. Lo mismo cabe decir respecto al Derecho de la Unión, sin que sea necesario mencionarlo expresamente”.

<sup>45</sup> Esta afirmación tan tajante pierde sin embargo fuerza en la práctica sobre todo teniendo en cuenta los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional alemán y polaco. En ambos casos, aunque las razones son distintas, se incumplen las obligaciones de estos dos países derivadas de la Decisión marco del Consejo 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea, se infringe pues el Derecho comunitario. Sobre la sentencia del Tribunal Constitucional alemán y polaco *vide* respectivamente DEMETRIO CRESPO, E.: “El caso *Darkazanli*. Acerca de la declaración de nulidad por el *Bundesverfassungsgericht* de la norma de transposición de la Orden de Detención y entrega europea”. Trabajo realizado en el *Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* de la Universidad de Colonia; LAZOSKI, A.: “Poland: Constitutional Tribunal on the Surrender of Polish Citizens under the European Arrest Warrant. Decision of 27 April 2005”. European

El deber de colaboración leal es un principio constitucional que refleja la estructura política, jurídica y económica de la UE y facilita la organización de poderes y las relaciones entre la Unión Europea y sus Estados miembros así como de éstos con las Instituciones y las relaciones de éstas entre sí<sup>46</sup>. De él se derivan tres deberes generales<sup>47</sup>:

En primer lugar, los EEMM deben colaborar activamente en el sentido de adoptar las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento del Derecho comunitario (ya sea originario o derivado). Es decir, en sede de decisiones marco, los EEMM tienen un deber de transposición al igual que ocurre en el caso de las directivas, un deber de ejecutar el Derecho Comunitario en su territorio.

En segundo lugar, se desprende el deber de facilitar a las Instituciones el cumplimiento de sus misiones. Dicho en otros términos, los EEMM deben proporcionar todas aquellas informaciones que requieran las Instituciones para el adecuado desarrollo de sus misiones.

Por último, sobre ellos recae también la obligación de abstenerse de adoptar todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines de los Tratados. El deber de colaboración les impide adoptar disposiciones contrarias a los compromisos asumidos<sup>48</sup>. Esta obligación es amplia ya que no se limita sólo a evitar la adopción de normas nacionales contrarias a normas comunitaria, sino también a impedir la creación de normas que puedan perjudicar los objetivos de los Tratados<sup>49</sup>.

En realidad, no se aleja mucho del antiguo principio que rige las relaciones y obligaciones internacionales, me estoy refiriendo al *pacta sunt servanda*<sup>50</sup>, o lo que es lo mismo, los pactos deben ser cumplidos.

---

Constitutional Law Review. Volume I, Issue 3, octubre 2005 y “*Judgement of the Polish Constitutional Tribunal concerning the European Arrest Warrant*”. En <http://www.statewatch.org/news/2005/apr/poland.pdf>

Quizás detrás de estos pronunciamientos se esconde un conflicto de competencias relativo al control de la constitucionalidad de la ejecución del derecho emanado del tercer pilar.

<sup>46</sup> STJCE de 21 de septiembre de 1983, *Deutsche Milkkontor c. Alemania*, C-205 a 215/82.

<sup>47</sup> Vide la STJCE de 15 de julio de 1964, C-6/64, asunto *Costa c. ENEL*. Esta sentencia se refería particularmente al principio de primacía del Derecho comunitario pero en ella también se hacía mención al principio objeto de estudio.

<sup>48</sup> Una decisión-marco es un compromiso asumido. Por ejemplo, en el caso de la decisión-marco relativa al estatuto de la víctima, les impediría llevar a cabo cualquier actuación que perjudicara a la víctima como sería imposibilitarle declarar o vulnerar su intimidad o imagen física (Arts. 2, 3 y 8 Decisión-marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal).

<sup>49</sup> Téngase en cuenta que no toda infracción del Derecho comunitario comporta deslealtad. La violación de este principio se refiere a comportamientos de los Estados que reflejen “un desvalor particular”, esto es una violación caracterizada e inadmisibles que afecte a las bases mismas del ordenamiento comunitario (STJCE de 19 de enero de 1993, Comisión c. Italia, C-366/89, en ella el Tribunal no declara incumplimiento si la Comisión no se refiere a su violación en la carta de emplazamiento y en el dictamen motivado).

<sup>50</sup> MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: “*Instituciones y derecho...*”, *op. cit.*, pp. 72-74.

Hablar de *pacta sunt servanda*, de lealtad o de confianza me remite irremediabilmente al principio de la buena fe<sup>51</sup> que va a funcionar, paradójicamente, como fundamento y límite de la interpretación conforme.

Como fundamento porque el principio de cooperación leal es la fórmula empleada por el derecho comunitario para denominar la vieja cláusula del *pacta sunt servanda*, que a su vez es una manifestación del principio de la buena fe en su vertiente objetiva<sup>52</sup> ya que en las relaciones jurídicas obligacionales –y una decisión-marco lo es<sup>53</sup>– “el contenido concreto de la buena fe no es sólo honestidad, sino que se especifica más, se acerca a la fidelidad, lealtad, cumplimiento de la palabra empeñada”<sup>54</sup>. Es indudable la estrecha relación que existe entre lealtad (art. 10 TCE), buena fe y cumplimiento de la palabra empeñada (*pacta sunt servanda*) y prueba de ello son los términos que utilizan la doctrina para clasificar la buena fe. Sirva a modo de ejemplo la clasificación que realiza GORPHE<sup>55</sup> distinguiendo entre buena fe legítima, que funciona en los actos jurídicos, como criterio de evaluación y de interpretación; buena fe *leal*, aplicable a las relaciones jurídicas como voluntad a realizar por las partes y respetar por los terceros; y buena fe inocente, que es la que debe protegerse en los terceros víctimas de errores excusables.

Por otro lado, la buena fe actúa como límite. En primer lugar, porque es un principio general del derecho al que si bien el Tribunal de Justicia no ha hecho referencia de forma expresa, nada impide su aplicación al estar ampliamente recogido

---

<sup>51</sup> La doctrina coincide en identificar la buena fe con un conjunto de valores tales como la honestidad, honorabilidad, fidelidad, lealtad o confianza que en una determinada relación hace surgir entre las partes. A este respecto puede verse, DIÉZ PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: “La doctrina de los actos propios”. Editorial Bosch. Barcelona, 1963, p. 137; SAINZ MORENO, F.: “La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados”, RAP, núm. 89, mayo-agosto, 1979, p. 294; DE LOS MOZOS, J. L.: “La buena fe en el título preliminar del Código Civil”, en Derecho Civil (método, sistemas y categorías jurídicas), Civitas, Madrid, 1988, p. 226; HERNÁNDEZ GIL, A.: “Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe”. En el Discurso leído en el 22 de octubre de 1979, en la sesión inaugural del Curso 1979-1980, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1979, p. 18; MIGUEL GONZALEZ, J. M.: “Comentario al artículo 7.1 del CC”, en AA.VV., Comentario al Código Civil, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 38; GODREAU, M.: “Lealtad y buena fe contractual”, RCDI, núm. 609, mayo-abril, 1992, p. 303; MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: “La buena fe y el abuso de derecho. Su respectiva caracterización como límites en el ejercicio de los derechos”, RDPR, tomo LXIII, 1979, p. 435 (citados todos ellos por NARANJO DE LA CRUZ, R.: “Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2000, p. 250).

<sup>52</sup> Siguiendo a FERREIRA RUBIO, M. D.: “La buena fe: el principio general de la buena fe en el derecho civil”, Ed. Montecorvo S.A., 1984, pp. 91 y ss., “la clasificación tradicional de la buena fe distingue entre 1) buena fe objetiva, la buena fe que actúa como regla de conducta, portadora de normas en sí, o generadora de normas concretas; y 2) buena fe subjetiva, la buena fe consiste en la condición de un sujeto en una situación jurídica dada, con referencia al conocimiento o grado de conocimiento que tenga de las circunstancias generales de la misma”.

<sup>53</sup> Cuando los EEMM adoptan una decisión-marco tienen la voluntad de cumplir y aplicar su contenido. Se encuentran pues en el marco de una relación jurídico-obligatoria similar por no decir idéntica a la que se encontraría con la firma de un contrato o un tratado internacional. Por ejemplo, en el caso de la decisión-marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, los EEMM se comprometen, están obligados, a garantizar a las víctimas su participación en el proceso, así como velar por su intimidad o imagen física (arts. 2, 3 y 8).

<sup>54</sup> CICERÓN, M.: “De los deberes” (trad. Valbuena), Porrúa, México, 1978, Lib. I., cap. VII.

<sup>55</sup> GORPHE, F.: “Le principe de la bonne foi”, Ed. Dalloz, París, 1928, p. 239.

en todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros<sup>56</sup>. En segundo lugar, porque resulta un criterio relevante a la hora de interpretar un texto tal y como se ha constatado en el derecho internacional.

#### **4. Los límites al principio de interpretación conforme a las decisiones marco.**

Si algo puede decirse en este apartado es que el Tribunal de Justicia no ha sido muy innovador limitándose a reproducir lo que ya dijo en su día respecto a las directivas. En consecuencia, tres son los límites que cabe destacar: a. Los principios generales del derecho, en especial la seguridad jurídica y la no retroactividad. b. La prohibición de interpretar *contra legem*. c. La imposibilidad de interpretar atentando derechos fundamentales.

##### ***a. Los principios generales del derecho. Especial referencia al principio de legalidad concretado en la seguridad jurídica y en la no retroactividad.***

En el ámbito de las directivas, el asunto *Kolpinghuis* limitaba la utilización del principio de interpretación conforme a los principios generales del Derecho que forman parte del Derecho comunitario, especialmente el principio de seguridad jurídica y de la irretroactividad<sup>57</sup>.

La primera duda que se planteaba en relación a esta restricción se dirigía a determinar cuáles eran éstos, es decir, si se trataba de principios propios del ordenamiento jurídico comunitario o si también cabía incluir aquellos otros deducidos del método comparado de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros<sup>58</sup>.

El TJCE sólo hizo referencia al primer tipo de principios, es decir, los propios y específicos del ordenamiento jurídico comunitario<sup>59</sup>, pero nada impide limitar la interpretación conforme sobre la base de otros principios generales como el de *non bis in idem* o *bona fide* reconocidos en todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Ello parece deducirse de la Sentencia *Schijndel* que pese a referirse a la obligación del juez nacional de invocar de oficio normas de Derecho comunitario que hayan sido violadas, su doctrina es perfectamente trasladable al ámbito de la

---

<sup>56</sup> *Vide infra* el epígrafe 4 relativo a los límites a la interpretación conforme.

<sup>57</sup> Cons. nº 13.

<sup>58</sup> Sobre esta cuestión *vide* PESCATORE, P.: “La interpretación del Derecho comunitario por el juez nacional”, *op. cit.*, pp. 25 y 26; BOULOIS, J.: “Droit Institutionnelle de l’Union Européenne”, Montchretien, Paris, 1995; pp. 222 y ss; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, I.: “Los Tratados constitutivos y el Derecho derivado”, en AA.VV., Tratado de Derecho comunitario, tomo I, pp. 337 y ss.; LOUIS, J. V.: “El ordenamiento jurídico comunitario”, pp. 126 y ss; ISAAC, G.: “Manual de Derecho comunitario”. Ariel Derecho, 2000; pp. 182 y ss; RIDEAU, J.: “Droit institutionnel de l’Union et des Communautaires Européennes”, 2ª ed., LGDJ, Paris, 1996; pp. 144 y ss; GARZÓN CLARIANA, G.: “Las fuentes del Derecho comunitario”, AA.VV., El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial. Civitas, Madrid, 1993, pp. 51 y ss. (citados todos ellos por BELLO MARTÍN-CRESPO, María Pilar: “Las directivas como criterio de interpretación del derecho nacional (especial consideración de la jurisprudencia del TS en la aplicación de normas de derecho mercantil)”. Ed. CIVITAS, 1999, p. 131).

<sup>59</sup> Asunto *Kolpinghuis*.

interpretación conforme. En ella el TJCE negó la obligación del juez nacional de invocar el Derecho comunitario amparándose en que contradecía el principio procesal de aportación de parte que rige el proceso civil<sup>60</sup>.

La concreción a alguno de estos límites llegó más tarde con el asunto *Pretore di Salò*<sup>61</sup>. En esta sentencia, el Tribunal de Luxemburgo se remite implícitamente al principio de legalidad (*nulla poena sine lege*) e impide utilizar la interpretación cuando sirva como fundamento o agravación de la responsabilidad penal del sujeto. Limitación que también fue reiterada en el asunto *Luciano Arcaro*.

En la misma línea dictó la sentencia de 12 de diciembre de 1996<sup>62</sup> señalando que “en lo que atañe, más concretamente, a un caso como el del litigio principal, relativo al alcance de la responsabilidad penal derivada de una ley promulgada especialmente en ejecución de una directiva, debe precisarse que el principio que prohíbe aplicar la ley penal de manera extensiva en perjuicio del inculpado, principio que es corolario del principio de legalidad de los delitos y de las penas y, en general, del principio de seguridad jurídica, se opone a que se incoen actuaciones penales por una conducta cuyo carácter reprehensible no resulte claramente de la ley”. Dicho principio “(...) forma parte de los principios generales comunes a los Estados miembros, y ha sido consagrada asimismo en diferentes Tratados internacionales y, en particular, en el artículo del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”.

En estos términos se ha pronunciado igualmente el TJCE en el asunto *Pupino*<sup>63</sup> sin olvidarse del principio de legalidad o *nulla poene sine lege praevia*<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> Vide el cons. nº 2 del fallo de la citada sentencia.

<sup>61</sup> Sentencia de 11 de junio de 1987, asunto nº 14/86. Rec. 1987, pp. 2545 y ss. Este asunto tiene su origen en la contaminación acaecida en el río italiano Chiese que había producido la muerte de numerosos pescadores. Esta contaminación parecía deberse esencialmente a la instalación de presas con fines hidrológicos y de riego que provocaba bruscas variaciones del nivel de agua además de peligrosos vertidos de sustancias nocivas. Ello llevó a una asociación de pescadores a presentar denuncias ante el “Pretor” de Salò el cual incoa una investigación por violación de diferentes disposiciones legales concernientes a la protección del agua. Es en estas condiciones cuando el pretor plantea al TJCE distintas cuestiones relativas a la compatibilidad de la legislación italiana, sobre la protección de las aguas, con el derecho comunitario, en particular, con la directiva nº 78/659/CEE, de 18 de julio de 1978<sup>61</sup> que por aquel entonces todavía no había sido transpuesta al ordenamiento jurídico italiano, no existiendo, en consecuencia, ninguna regulación referente a la calidad de las aguas dulces. El “pretor” italiano se preguntaba si una directiva no incorporada, o incorporada de forma incorrecta o defectuosa, podía imponer a los particulares obligaciones en su comportamiento cuya infracción podía a su vez ser sancionada penalmente por el Derecho interno, es decir, cuya vulneración podía dar lugar a fundamentar la responsabilidad penal de un sujeto. El TJCE se mostró tajante (cons. nº 20): “Una directiva no puede por sí sola y con independencia de una ley interna adoptada por un Estado miembro para su aplicación, dar lugar a responsabilidad penal, o agravarla, de quienes la contravengan”.

Sobre esta cuestión véase más profundamente, RODRÍGUEZ RAMOS, L.: “Justicia penal: comentarios de sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo”, pp. 39-45.

Vide también BONICHOT, J-C.: “Chronique Internationale”, Revue de science criminelle (3) jul-sept 1998, p. 581 y GRASSO, G.: « Comunità Europee e diritto penale: i rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati Membri ». Giuffrè Editore, 1989, p. 263.

<sup>62</sup> Asunto C-74 y 129/95.

<sup>63</sup> Cons. nº 44. “(...) Es preciso señalar que la obligación del juez nacional de tener presente el contenido de una decisión marco cuando interpreta las correspondientes normas de su Derecho nacional tiene sus

La imposibilidad de determinar o agravar la responsabilidad penal del sujeto (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*) es un principio común a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros regulado en el artículo 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. El Tribunal de Justicia consideró que no se vulneraba al tratarse de disposiciones de derecho penal procesal y no material, en otras palabras, dicho principio no tiene aplicación en el derecho procesal penal<sup>65</sup>.

Luego, la primera cuestión a abordar será determinar si la decisión del Tribunal de Justicia de no aplicar el principio citado al proceso penal es o no apropiada o si por el contrario carece de sentido.

El *nullum crimen, nulla poena sine lege* constituye, según la doctrina penalista<sup>66</sup>, dos de las garantías básicas del principio general de legalidad, a saber: la garantía criminal y la garantía penal. Pero además de ellas existen otras dos: la garantía de ejecución de las penas y la garantía jurisdiccional o procesal que es la que ahora interesa analizar porque en el proceso penal, más que hablar de *nullum crimen, nulla poena sine lege*, ha de hablarse del principio de *nulla coactio sine lege*, es decir, la ley procesal penal debe regular tanto las condiciones de aplicación, como el contenido de las intromisiones de los poderes públicos en el ámbito de los derechos fundamentales de los ciudadanos<sup>67</sup>. El TJCE no lo menciona de forma expresa pero de su razonamiento puede deducirse implícitamente.

En mi opinión, la decisión de no aplicar el principio de legalidad penal material en el asunto *Pupino* no es del todo inapropiada<sup>68</sup> y digo *no del todo* porque para ser

---

límites en los principios generales del Derecho<sup>63</sup> y, en particular, en los de seguridad jurídica y no retroactividad”.

<sup>64</sup> Cons. nº 45 remitiéndose a su vez, entre otras, a la sentencia de 3 de mayo de 2005, asunto *Berlusconi y otros*, asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02, Rec. p. I-0000, apartado 74.

<sup>65</sup> Cons. nº 46 de la sentencia: “(...) 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”.

*Vide* también el apartado nº 42 de las conclusiones de la A.G. Kokott: (...) Al tratarse de la aplicación de normas reguladoras del proceso penal y no de fundamentar o agravar la responsabilidad penal, no se debía aplicar el principio *nulla poena sine lege*, sino el principio de procedimiento justo”.

<sup>66</sup> COBO DEL ROSAL, M.: “*Derecho penal. Parte General*” (con Vives Antón). Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 1996, p. 47.

<sup>67</sup> SCHMIDT, E.: “*Zur Lehre von den strafprozessualen Zwangsmassnahmen*”, N.J.W., 1962, p. 665 (citado por GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: “*Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*”. Ed. Colex, 1990, p. 77).

<sup>68</sup> No obstante, podría objetarse que la Decisión marco relativa al estatuto de la víctima incide en la configuración del proceso penal, con la posibilidad de que ello condicione el resultado de la decisión que adopte el juez. En palabras de CONDE-PUMPIDO FERREIRO, el principio de legalidad del proceso no es más que una prolongación al área adjetiva de la determinación y aplicación de la pena, de la garantía de legalidad que impera en el área sustantiva para la definición de los delitos y de las penas (“*El principio de legalidad, principio de necesidad y principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal*”. En *Los derechos*

completamente correcta es necesario profundizar en los requisitos de aquella otra garantía que por el contrario sí que debe tenerse en cuenta en el proceso penal, el *nulla coactio sine lege*, así como en el contenido esencial del derecho o derechos fundamentales que pueden vulnerarse en el asunto *Pupino* con la práctica del incidente probatorio, contenido que será analizado en el epígrafe c. de esta misma sección.

En cuanto a los requisitos, al igual que en el caso del principio de legalidad penal material, la doctrina señala tres<sup>69</sup>: la ley ha de ser *scripta, stricta y praevia*. De estas tres condiciones tan solo me detendré en la segunda. Respecto a la tercera me remito a lo que se diga al hablar de la irretroactividad<sup>70</sup>.

El requisito de *lex stricta* también denominado “calidad de la ley”, contiene un mandato de determinación impidiendo al legislador burlar el significado de seguridad y de garantía jurídica del principio de legalidad, lo que significa que a la hora de regular una medida restrictiva de un derecho fundamental es absolutamente inadmisibles la utilización de cláusulas generales indeterminadas<sup>71</sup>.

El art. 392,1 *bis* de la LECrim italiana establece, como ya se dijo, la posibilidad de practicar el interrogatorio de testigos menores de edad en un momento anterior al juicio oral siempre y cuando se trate de un delito que atente contra la libertad sexual. Eso, en cuanto a los menores, porque también se abre esta posibilidad a cualquier tipo de delito con independencia de la edad del testigo si existen motivos fundados que

---

*fundamentales y libertades públicas (II): XIII Jornadas de Estudio sobre la Constitución*, 1993, p. 395). Por tanto, no sería tan descabellado pensar que adelantar el interrogatorio de las partes puede incidir, directa o indirectamente, en la imposición de la pena y en consecuencia, determinar o agravar la responsabilidad criminal del sujeto. El interrogatorio de los niños menores de edad es una de las pruebas fundamentales en las que basar la responsabilidad criminal de la Sña. Pupino. Tanto es así, que quizás sin este interrogatorio no existan otras pruebas de cargo en las que fundamentar dicha responsabilidad. Ahora bien, en determinadas circunstancias el interés del imputado debe ceder a favor de las víctimas o en aras a la consecución de la justicia. Es lo que ocurre en los supuestos de la LECrim italiana reguladores de las circunstancias en las que es posible la práctica del incidente probatorio adelantando el momento del interrogatorio de los testigos.

<sup>69</sup> Y ello porque si el principio de legalidad penal es una concreción del principio general de legalidad al igual que el de legalidad procesal, no tiene sentido no aplicarle a este último las mismas garantías aunque con algunas matizaciones. *Vide* GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: “*Proporcionalidad y derechos fundamentales en...*”, *op. cit.*, p. 78.

<sup>70</sup> Muy brevemente, el requisito de *lex scripta* exige que las limitaciones a derechos fundamentales estén reguladas por escrito en una ley. El TEDH se ha pronunciado sobre la interpretación que había que dar al término “ley”. Existían dos posibilidades: entender ley en sentido formal o, por el contrario, en sentido material. Se decantó por la segunda opción. Así quedaban incluidas “*las disposiciones de rango inferior al ley*” y “el derecho no escrito” (Caso *Huvig* (punto 28) y *Kruslin* (punto 29) contra Francia, entre otras) y en principio, se excluían “*las disposiciones de carácter interno de la Administración*” como las circulares que sin embargo, podrían ser tenidas en cuenta, en la medida en que fuesen conocidas por los interesados, para averiguar si al aplicar la norma correspondiente se había respetado el requisito de la previsión. (STEDH de 25 de marzo de 1983: Caso *Silver*). Por otro lado, si el TEDH equipara la ley al derecho no escrito, significa que la costumbre también podría entenderse como un medio apto y no vulnerador del art. 8 CEDH para prever y regular la injerencia. No obstante, es de dudosa aceptación que la costumbre regule un derecho fundamental debido a la reserva de ley que existe en esta materia en los ordenamientos jurídicos continentales. Es por ello que el TEDH al incluir el derecho no escrito se está refiriendo a sistemas anglosajones.

<sup>71</sup> MIR PUIG, S.: “*Derecho Penal. Parte General*”. Barcelona 2004.

hagan pensar que el testigo puede verse expuesto a violencia, amenazas, ofertas o promesas de dinero o de otras ventajas, para impedirle testificar o para que preste falso testimonio o bien que no puede ser examinado en el juicio oral o un impedimento grave.

La decisión del Tribunal de Justicia de interpretar conforme a la decisión marco relativa al estatuto de la víctima el derecho nacional respeta y es, a mi juicio, coherente con el principio de legalidad en su versión procesal –que es el parámetro que debe tenerse en cuenta- y, en particular, con el requisito de *lex stricta* ya que la cláusula *cualquier otro impedimento grave* da cabida a permitir otro tipo de supuestos distintos a los enunciados en el art. 392,1 *bis*, no siendo tampoco una cláusula indeterminada ya que tiene su lógica que se conceda a los órganos aplicadores del Derecho márgenes de apreciación suficientes para acomodar las disposiciones legales generales a las exigencias de las circunstancias del caso, según los intereses en conflicto<sup>72</sup>. Ese margen de apreciación permitido tiene un punto de conexión con el principio de interpretación conforme a las decisiones marco el cual no vulnera el *nullum crimen, nulla poena sine lege* porque no rige en el proceso penal en cuanto a tal y además y, más importante aún si cabe, es respetuoso con el *nulla coactio sine lege* tal y como ha quedado constatado.

Junto al principio de legalidad penal en su vertiente material e íntimamente relacionados con él, el Tribunal de Justicia señaló como límites de la interpretación conforme a los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad. Principios que igualmente consideró oportuno no aplicar debido al carácter marcadamente procesal de la controversia suscitada en *Pupino*.

La doctrina procesalista tradicional ha venido entendiendo que “ningún Tribunal puede proceder sino a tenor de la ley procesal vigente en el momento del proceso, sin consideración a la que pudiese regir en el momento de la perpetración del delito<sup>73</sup>. La diferencia entre las normas penales materiales y las procesales es radical: las primeras deben estar en vigor, para poder ser aplicadas, en el momento de la comisión de los hechos punibles; las segundas no<sup>74</sup>. Pese a ello, algunos clásicos del derecho procesal han hecho hincapié en matizar semejante principio general<sup>75</sup>. Así señala por ejemplo Gómez Orbaneja<sup>76</sup> que “nada se opone a que los Tribunales apliquen las normas procesales vigentes, aunque sean posteriores a la comisión del

---

<sup>72</sup> GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: “Proporcionalidad y derechos fundamentales en...”, *op., cit.*, p. 78. Es en este momento en el que entra en juego el principio de proporcionalidad pero ésta es otra cuestión que no compete analizar ahora.

<sup>73</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E.: “Derecho procesal penal”, Madrid, 1986, p. 27. Más extensamente en “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, V. I, Barcelona, 1947, pp. 80 y 81.

<sup>74</sup> GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: “Proporcionalidad y derechos fundamentales en...”, *op., cit.*, p. 79 y 80. Este autor sostiene, en cambio, que tan retroactiva es la aplicación de una ley penal que tipifique nuevos delitos a hechos cometidos antes de su publicación como la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales, si en el momento de la comisión del hecho que las justifica no se hallaban previstas por la ley o no lo estaban con el alcance propio de la norma posterior y por tanto la irretroactividad debería predicarse igualmente de aquellas disposiciones procesales penales limitativas de derechos fundamentales.

<sup>75</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: “Tratado de Derecho Penal”. Tomo II, Buenos Aires, 1964, pp. 666 y ss.

<sup>76</sup> Este autor es partidario de impedir la retroactividad de la ley cuando perjudique al imputado.

hecho enjuiciado, cuando la actividad judicial no consista concretamente en la limitación de los derechos reconocidos por la Constitución, pues en tal caso la aplicación de la norma no puede ser considerada retroactiva”.

Este sería un criterio nacional –español- del principio de irretroactividad<sup>77</sup>, criterio que no es del todo claro existiendo disparidad de opiniones. Sin embargo, lo decisivo para medir la compatibilidad de una interpretación del TJCE o de una norma comunitaria no es el contenido del principio de legalidad –y concretamente de irretroactividad- en los Estados miembros, sino el contenido de dicho principio en el Derecho europeo. Y en el Derecho europeo –mejor dicho, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia- el principio de irretroactividad no rige en el derecho procesal penal. A esta decisión tan tajante se llega en *Pupino*<sup>78</sup>. Lo cual no deja de chocar porque para el TEDH la cuestión no está tan clara.

El Tribunal de Estrasburgo ha señalado que las injerencias a los derechos fundamentales y, el derecho a un proceso justo lo es, exigen que la medida esté *prevista por la ley*<sup>79</sup>. Lo que significa que la ley debe ser “accesible” y “previsible”<sup>80</sup>. Se requiere pues que “el ciudadano pueda acomodar a ella (a la ley) su conducta; y pueda ser capaz, en su caso recabando asesoramientos autorizados, de prever, en la razonable medida que permitan las circunstancias, las consecuencias que pueda producir un acto determinado”<sup>81</sup>. Difícilmente pueden ser cumplidas estas exigencias si la ley no es previa; si la ley, en definitiva, no está vigente en el momento de cometerse los hechos ya se trate de una ley procesal penal o sustantiva.

Si el TJCE se ha mostrado siempre respetuoso con el CEDH así como con la jurisprudencia del TEDH, sería contradictorio no tener en cuenta estos parámetros y entender que la ley procesal penal debe ser previa a la comisión de los hechos si con ella se limitan derechos fundamentales recogidos en el Convenio, que por otra parte son los derechos que se recogen en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros de la Unión Europea<sup>82</sup>.

---

<sup>77</sup> Es lo que se conoce como *tempus regit actum*, principio que rige en relación a las normas procesales salvo en las que se refiere a la regulación prisión provisional, cuya irretroactividad se afirma si son más restrictivas por afectar al derecho de la libertad personal. Así lo recogen por ejemplo algunas sentencias del TC español (SSTC 32/1987 y 117/1987). A este respecto puede verse AA.VV.: “Manual de Derecho Penal: Parte General”. Manuales Universidad. Ediciones Experiencia, noviembre de 2004, pp. 56-59.

<sup>78</sup> Apartado nº 43 de sus Conclusiones al asunto *Pupino*. Fundamenta su no aplicabilidad en sentencias tales como las de 12 de noviembre de 1981, *Salumi* (asuntos acumulados 212/80, 213/80, 214/80, 215/80, 216/80 y 217/80, Rec. p. 2735), apartado 9; de 6 de julio de 1993, *CT Control Rotterdam y JCT Benelux/Comisión* (asuntos acumulados C-121/91 y C-122/91, Rec. p. I3873), apartado 22; de 7 de septiembre de 1999, *De Haan* (C-61/98, Rec. p. I-5003), apartados 13 y 14, y de 1 de julio de 2004, *Tsapalos* (asuntos acumulados C-361/02 y C-362/02, Rec. p. I-0000), apartado 19.

<sup>79</sup> Expresión que englobaría a los principios de seguridad jurídica y no retroactividad.

<sup>80</sup> STEDH de 9 de octubre de 1979, asunto *The Sunday Times*.

<sup>81</sup> STEDH de 25 de marzo de 1983, asunto *Silver y otros*; STEDH de 25 de marzo de 1985, asunto *Barthold*. Téngase en cuenta que estas sentencias se refieren a disposiciones de índole procesal que pueden vulnerar el derecho a la vida privada y familiar recogido en el art. 8 CEDH.

<sup>82</sup> La existencia de ley previa es la única forma posible para garantizar la seguridad jurídica y la irretroactividad en el caso de medidas limitativas de derechos fundamentales.

Por tanto, y en contra de la opinión manifestada por el Tribunal de Justicia y por la A.G. Kokott en *Pupino* entiendo que el principio de irretroactividad debe aplicarse también en el caso del derecho procesal penal limitativo de derechos fundamentales porque esa conclusión se puede extraer de la jurisprudencia de Estrasburgo.

Ahora bien, que deba aplicarse, no significa que en este asunto en concreto se haya vulnerado. No se ha vulnerado porque como ya señalé en su momento, el art. 392,1 con la expresión *cualquier otro impedimento grave* da cabida a practicar el interrogatorio de los menores con anterioridad a la celebración del juicio oral cuando el delito enjuiciado es el maltrato.

### ***b. La interpretación contra legem.***

El Tribunal de Justicia no ha dudado en vetar la interpretación conforme cuando ésta lleve a un resultado contrario a las normas internas derivado de la utilización del principio de interpretación conforme. Es decir, no ha dudado en prohibir una interpretación conforme en contra del texto y sentido del derecho nacional o en contra de la finalidad perseguida que se interpreta:

“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”<sup>83</sup>.

Ahora bien, no es lo mismo llevar a cabo una interpretación *contra legem* que no tenga ningún apoyo en el derecho interno que otra con base en algún precepto del derecho nacional. La primera está vetada, ya se trate de relaciones verticales u horizontales. Así, se deduce de sus pronunciamientos al señalar que el Juez nacional está obligado, “si es posible” o “en la medida de lo posible”, a interpretar y aplicar el derecho interno conforme a las exigencias del derecho comunitario<sup>84</sup>. Con tales expresiones el TJCE constata que en determinados casos será imposible llevar a cabo la interpretación conforme siendo uno de ellos cuando la norma nacional se contradiga o se impida porque supondría “una verdadera y propia reformulación” de la norma nacional, algo que no entra dentro de las competencias del juez<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> Cons. nº 47. Se observa aquí una clara influencia del asunto *Pfeiffer* a pesar de no ser mencionada expresamente. Sobre este asunto *vide infra* pp. 58 y ss.

<sup>84</sup> Sentencia *Murphy*, cons. nº 11 o *Von Colson*, cons. nº 28.

<sup>85</sup> Cons. nº 39 de las conclusiones del Abogado General ELMER en el asunto *Arcaro*: “El Tribunal de Justicia ha precisado que el citado principio interpretativo debe aplicarse “en la medida de todo lo posible” para interpretar las posiciones de las leyes nacionales de manera conforme al Derecho comunitario. Tal principio, por el contrario, no puede aplicarse para proceder a una verdadera y propia reformulación de dichas disposiciones legales. Esto equivaldría a atribuir disimuladamente y en contradicción con el artículo 189 del Tratado, efecto directo a las disposiciones de Directivas que imponen obligaciones a los particulares”.

Sin embargo, el segundo tipo de interpretación es posible bien se trate de un apoyo legal, bien jurisprudencial<sup>86</sup>. En otras palabras, el juez podrá recurrir a la directiva para confirmar una interpretación del Derecho nacional fundada en otros criterios si existen normas de Derecho interno sobre interpretación que así se lo permitan<sup>87</sup>.

Esta distinción puede igualmente aplicarse al asunto *Pupino* ya que a la hora de interpretar el juez nacional debe tomar en consideración “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”<sup>88</sup>. Es decir, en el Derecho nacional puede existir una norma que fundamente la interpretación. En cambio, en otros casos, no la habrá y la interpretación devendrá imposible.

No obstante, con estas puntualizaciones no sería descabellado pararse a pensar si la solución adoptada en el asunto *Pupino* roza los límites de la interpretación *contra legem*.

En mi opinión, al margen de otras consideraciones que haré en su momento, no existe interpretación *contra legem* por dos razones.

La primera, porque la finalidad –la *ratio legis*– perseguida por los artículos 392.1 y 392.1 *bis* es exactamente la misma que la de los artículos 2, 3 y 8 de la decisión marco relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal: proteger la dignidad, el pudor y la personalidad del testigo<sup>89</sup>.

La segunda, porque el derecho nacional italiano ofrece una vía alternativa que da fundamento a la interpretación en el sentido que anteriormente he comentado. Me refiero nuevamente al art. 392,1 de la LECrim italiana con la expresión (...) o *cualquier impedimento grave*.

En consecuencia, la aplicación del principio de interpretación conforme no sobrepasa la prohibición de interpretación *contra legem*:

---

<sup>86</sup> También se admite aquélla que fuese aceptada por la jurisprudencia tal y como ocurrió en el asunto *Steenhorsen* (Sentencia de 27 de octubre de 1993, *Steenhorts-Neerings c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging Looor*, asunto nº C-338/91. Rec. I, pp. 5475 y ss.) el que fue posible la interpretación *contra legem* de una norma de Derecho nacional que establecía una disposición discriminatoria por razón de sexo contraria a la Directiva 79/7, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, porque de la jurisprudencia reiterada de ese Estado miembro se desprendía que semejante disposición se aplicaba de manera indistinta a las mujeres y a los hombres que se encontrasen en situaciones idénticas.

<sup>87</sup> Abogado General MISCHO en sus conclusiones al asunto *Kolpinghuis Nijmegen*, cons. nº 39.

Nada impide que el juez nacional, ante la incompatibilidad con la directiva de la ley nacional aplicable, dicte sentencia aplicando otra norma de Derecho nacional que proporcione otra solución más conforme con la directiva de que se trate. Es lo que ocurrió en el asunto *Von Colson* cuando ante la inadecuada transposición de la directiva 76/207 el juez nacional informó al TJCE acerca de otras posibilidades que ofrecía el Derecho común más conformes con la citada directiva.

<sup>88</sup> *Ibidem*. Se percibe aquí una gran influencia de la sentencia recaída en el asunto *Pfeiffer* a pesar de que no se mencione expresamente.

<sup>89</sup> La dignidad, el pudor y la personalidad del testigo se protege efectivamente permitiendo el interrogatorio de los niños con anterioridad a la fase del juicio oral.

“(…) la consecución de los objetivos perseguidos por las disposiciones anteriormente citadas de la Decisión marco exige que un órgano jurisdiccional nacional tenga la posibilidad de utilizar, para las víctimas especialmente vulnerables, un procedimiento especial, como el incidente de práctica anticipada de la prueba previsto en el Derecho de un Estado miembro y las formas particulares de declaración asimismo previstas, cuando dicho procedimiento responda mejor a la situación de tales víctimas y se imponga para evitar la pérdida de los elementos de prueba, reducir al mínimo la repetición de los interrogatorios y evitar las consecuencias perjudiciales, para las referidas víctimas, de prestar declaración en audiencia pública”<sup>90</sup>.

### *c. La interpretación contra derechos fundamentales.*

Según una reiterada jurisprudencia<sup>91</sup> “los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, lo que significa que está obligado a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, de forma que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones de dichos Estados. Además, los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, a los que han colaborado o se han adherido los Estados miembros, pueden proporcionar asimismo indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario”<sup>92</sup>.

Por tanto, no sería posible para el juez nacional llevar a cabo una interpretación conforme contraria o vulneradora de los derechos fundamentales<sup>93</sup>. Al menos eso es lo que se desprende del apartado nº 58 de la sentencia *Pupino*<sup>94</sup>:

“(…) En virtud del artículo 6 UE, apartado 2, la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (...), y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales a los Estados miembros como principios generales del Derecho”.

La naturaleza estrictamente procesal del asunto llevó a la A.G. Kokott y al propio Tribunal de Justicia a excluir principios que rigen el derecho penal material,

---

<sup>90</sup> Cons. nº 56 de la Sentencia.

<sup>91</sup> Sentada fundamentalmente en la Sentencia del TJCE de 13 de diciembre de 1979, asunto *Hauer*, 44/79, Rec. 1979, p. 3227 y de 13 de julio de 1989, asunto *Hubert Wachauf*, 5/88, Rec. 1989, p. 02609.

<sup>92</sup> Cons nº 17 de la sentencia *Wachauf*.

<sup>93</sup> Téngase en cuenta, no obstante, que el Tribunal de Justicia ha declarado respecto al Primer Pilar que los derechos fundamentales pueden limitarse en determinados casos: “18. Los derechos fundamentales reconocidos por [él] no constituyen, sin embargo, prerrogativas absolutas, sino que deben tomarse en consideración atendiendo a su función dentro de la sociedad. Por consiguiente, pueden disponerse restricciones al ejercicio de dichos derechos, en particular en el ámbito de una organización común de mercado, a condición de que dichas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que lesione la sustancia misma de dichos derechos” (sentencia *Wachauf*).

<sup>94</sup> Ya advirtió semejante limitación el Gobierno holandés en calidad de agente.

como es el de no retroactividad<sup>95</sup>, aplicando, en cambio, derechos que tienen presencia en el proceso penal como es el *nulla coactia sine lege*<sup>96</sup> y, en particular, el derecho a un proceso equitativo o justo:

“(…) la Decisión marco debe interpretarse de modo que se respeten los derechos fundamentales, de entre los que es preciso destacar, en particular, el derecho a un proceso equitativo, tal y como se recoge en el artículo 6 del Convenio y se interpreta pro el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”<sup>97</sup>.

Existe un gran elenco de sentencias del Tribunal Europeo que han determinado el contenido del derecho al *fair trial*<sup>98</sup> en la posibilidad del acusado de interrogar a los testigos decisivos que declaren en su contra<sup>99</sup>. Violan por tanto el artículo 6 del CEDH las condenas basadas en declaraciones de niños efectuadas en procedimientos adecuados a la edad de los menores sin que el acusado o su abogado defensor pudieran observar la declaración o solicitar que se plantearan determinadas preguntas<sup>100</sup>. Por el contrario, ha considerado el TEDH conforme a este derecho la toma de declaración, adecuada a la edad de los niños, previa al juicio oral, en un caso en el que el abogado del acusado tuvo la posibilidad de presenciar la declaración y de plantear cuestiones, aunque no hiciera uso de ella<sup>101</sup>.

En el asunto *Pupino* no se vulnera *a priori* el derecho a un proceso equitativo en los términos expresados en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ya que corresponde al órgano jurisdiccional remitente (en este caso, al tribunal italiano) cerciorarse de que la aplicación de dichas medidas no pueda hacer que el proceso penal, considerado en su conjunto, no sea equitativo. El proceso no será equitativo cuando el juez italiano no adopte las medidas necesarias tendentes a asegurar, entre otras cosas, que el abogado defensor esté delante y tenga derecho a realizar cuantas preguntas estime convenientes pero esta circunstancia no tiene nada que ver con la vía o base jurídica que sirve de fundamento para practicar el incidente probatorio –la interpretación conforme a la decisión marco o un precepto en concreto de la LECrim italiana. Es decir, existirían dos momentos: uno, en el que el juez nacional decide practicar el interrogatorio de los menores *agarrándose* bien a la interpretación conforme a una decisión marco, bien al art. X de la LECrim italiana. En este momento no se vulnera el derecho al proceso equitativo. El otro momento lo protagoniza el juez

---

<sup>95</sup> *Vide supra* apdo. a. de este mismo epígrafe.

<sup>96</sup> No mencionado de forma expresa pero susceptible, desde mi punto de vista, de deducirse implícitamente.

<sup>97</sup> Apartado nº 59 de la sentencia.

<sup>98</sup> *Vide* las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de diciembre de 2001, *P.S. c. Alemania*; de 2 de julio de 2002, *S.N. c. Suecia* (Reports of Judgments and Decisions 2002-V); de 13 de febrero de 2004, *Rachdad c. Francia*, y resolución de 20 de enero de 2005, *Accardi y otros c. Italia* (demanda nº 30598/02).

<sup>99</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26 de marzo de 1996, *Doorson/Países Bajos* (Reports of Judgments and Decisions 1996-II, p. 470), apartados 72 y 73.

<sup>100</sup> Asunto *Doorson/Países Bajos*, apartados 25 y ss., y de 14 de diciembre de 1999, *A.M./Italia* (Reports of judgments and decisions 1999-IX), apartados 25 y ss.

<sup>101</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de julio de 2002, *S.N./Suecia* (Reports of Judgments and Decisions 2002-V), apartados 49 y ss.

nacional adoptando todas aquellas medidas tendentes a que el proceso sea justo y no se vulnere el derecho de defensa, de tal forma que existirá vulneración si no se adoptan tales medidas.

#### **IV. La incidencia del asunto *Pupino* en la PESC y en la responsabilidad de los Estados miembros.**

Los efectos del pronunciamiento vertido en el caso *Pupino* no sólo se limitan a la interpretación conforme a las decisiones marco del derecho nacional, sino que da pie a pensar en su extensión a otros ámbitos o a otras vías tendentes a hacer efectivo el cumplimiento del Derecho comunitario por parte de los Estados miembros.

Con el propósito de analizar los efectos colaterales de *Pupino* me pregunto si el Tribunal de Justicia podría basarse en él para fundamentar la responsabilidad contra el Estado miembro que no hubiera transpuesto una decisión marco o lo hubiese hecho incorrectamente.

Aunque el juez nacional está obligado a interpretar conforme a las decisiones marco, es evidente que habrá supuestos en los que no se podrá llevar a cabo. Es lo que hubiese ocurrido si 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 expresamente previstos en la legislación. En este caso, la interpretación no sería posible y el juez nacional no tendría más remedio que aplicar *strictu sensu* la ley nacional.

Ahora bien, si la teoría de la interpretación conforme se ha trasladado por completo de las directivas a las decisiones marco, y en el caso de las directivas cuando la labor interpretativa no es posible, se abre la vía de responsabilidad<sup>102</sup>, cabe dejar la puerta abierta al particular, si no *de par en par*, al menos sí *entornada*, para iniciar un procedimiento de responsabilidad frente al Estado siempre y cuando se cumpliesen una serie de requisitos similares a los señalados en *Francovich*<sup>103</sup>.

Y para aquellos a los que no les convenza este argumento y nieguen esta posibilidad amparándose en las notas definitorias del Tercer pilar (su débil sistema de competencia judicial, la fragilidad de sus instrumentos jurídicos, etc.) les invito a leer el magnífico artículo de Daniel Sarmiento sobre esta cuestión<sup>104</sup>. Dicho autor fundamenta la responsabilidad de los Estados miembros en el caso de las decisiones marco en el increíble e inesperado desarrollo del Tercer Pilar en los últimos años, el principio de

---

<sup>102</sup> Asuntos *Francovich* o *Fonifaci Dori*.

<sup>103</sup> 1. Que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares. 2. Que el contenido de esos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la directiva. 3. Que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.

<sup>104</sup> SARMIENTO, D.: "Un nuevo paso en la...", *op. cit.*, pp. 19-21.

cooperación leal y en la existencia en los Estados miembros de un principio general de responsabilidad<sup>105</sup>. Razones que comparto sin objeción.

Para terminar esta sección es necesario plantearse una cuestión más: la hipotética extensión de los términos de la sentencia *Maria Pupino* a la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC). La respuesta que se otorgue dependerá una vez más del principio de cooperación leal en el sentido de si puede o no aplicarse al Segundo Pilar.

El TJCE no se ha pronunciado expresamente pero sí que ha hecho una llamada de atención señalando que la cooperación leal guarda una estrecha relación con el art. 1 TUE<sup>106</sup>, precepto en el que se define y organizan las relaciones entre los Estados miembros y la Unión. Es decir, el deber de cooperación leal no es exclusivo del Primer Pilar, también aparece como mandato en la integración política que supone el Tratado de la Unión Europea<sup>107</sup>. Por tanto, sería coherente que la expansión de la doctrina *Pupino* a la PESC aunque no viable por varias razones. En primer lugar, no existe ningún instrumento parecido a las decisión marco en el Segundo Pilar y, en segundo lugar, tampoco hay un control judicial sobre las actuaciones de la Unión en este ámbito. Existe pues una manifiesta intención de mantener esta política bien sujeta a los Estados sin intervención judicial alguna lo cual hace muy difícil saber si los Estados miembros cooperan y colaboran en sus relación con la Unión en este ámbito de forma leal.

## V. Reflexiones finales.

---

<sup>105</sup> *Ibidem*. “(...) 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. (...) 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 (...). 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 jurídicas. 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”.

<sup>106</sup> Apartado nº 41 de la Sentencia: “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”.

<sup>107</sup> SARMIENTO, D.: “Un paso más en la constitucionalización...”, *op., cit.*, p. 19.

La decisión final pronunciada en el caso *Pupino* abre las puertas a la futura aplicación de la teoría del efecto directo a las decisiones marco vulnerando el propio Tratado de la Unión Europea como tuvo ocasión de comentar<sup>108</sup>.

No se puede reprochar la intención del Tribunal de Justicia con esta sentencia. Sostener lo contrario no tendría ninguna lógica. Lógico era que dadas las circunstancias del caso los menores víctimas de un delito de malos tratos así como de lesiones tuvieran la oportunidad de declarar previamente a la celebración del juicio evitándoles así un duro trámite.

Sin embargo, considerar que “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” puede llevar a reconocer un efecto directo atenuado o indirecto<sup>109</sup> tal y como ha ocurrido en el ámbito de las directivas con el asunto *Marleasing*<sup>110</sup>.

Pese a ello, soy partidaria del resultado al que se llega en *Pupino*. Supongo que mi opinión hubiese sido contraria si no hubiese existido base legal que amparase la interpretación *contra legem* del art. 392.1 *bis* de la LECrim italiana. Interpretación extensiva que deja caer la A.G. Kokott en sus conclusiones generales<sup>111</sup> y a la que el Tribunal de Justicia pretende llegar al señalar que el juez nacional debe tomar a la hora de interpretar en consideración “todo el Derecho nacional para apreciar en qué medida

---

<sup>108</sup> No es ésta la opinión de SANTOS VARA, J: “La aplicación de la doctrina de la...”, *op., cit.* p. 16: “No deja de ser paradójico que por esta vía se puede lograr un resultado práctico similar al del efecto directo, lo cual no supone una violación del artículo 35 TUE, pues sería el propio Derecho nacional el que proporcionaría tal solución a través de la interpretación judicial, y no la aplicación de la decisión marco en lugar de la norma nacional”.

<sup>109</sup> Con independencia de su denominación, al fin y al cabo, se trata de que una disposición surta efectos jurídicos de una manera u otra, es decir, que los particulares puedan invocar normas para la defensa de sus intereses en los litigios que tuviesen, tanto frente a las Administraciones nacionales como frente a los particulares. Esta es precisamente la definición del efecto directo. Aplicabilidad directa que nunca quisieron los Estados miembros al manifestar en el art. 35 TUE su voluntad de impedir dicho resultado en el caso de las decisiones marco.

<sup>110</sup> SARMIENTO, D.: “Un paso más en la constitucionalización...”, *op., cit.* p. 9. “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. (...) [ello] supone prácticamente una llamada a la aplicación directa de una directiva”.

En el asunto *Marleasing* [STJCE de 13 de noviembre de 1990 (C-106/89)] la cuestión prejudicial se planteó por el órgano nacional español en términos de aplicabilidad directa por lo que no se entiende por qué el Tribunal de Justicia la reconvirtió en su fallo –sin mayores explicaciones– en términos interpretativos: “¿Es directamente aplicable el artículo 11 de la Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, no desarrollada en el Derecho interno, para impedir la declaración de nulidad de una sociedad anónima fundada en causa distinta de las enumeradas en dicho artículo?”.

<sup>111</sup> Apartado nº 40: “(...) El propio Gobierno italiano indica una posible base jurídica que permitiría dispensar una protección especial en la vista pública de los testigos menores de edad, en la que el órgano remitente no había reparado. (...) Respecto al incidente probatorio tampoco parece imposible interpretar la expresión “u otro impedimento grave”, contenida en el artículo 392, apartado 1, de la LECrim italiana, en el sentido de que incluye la pérdida de memoria y la carga psicológica que sufren los menores cuando declaran en la vista oral, y basar el incidente probatorio en una disposición distinta del artículo 392, apartado 1 *bis*, de la LECrim”.

puede éste ser objeto de una aplicación que no lleve a un resultado contrario al perseguido por la decisión marco”.

En consecuencia, no hay contradicción entre la Decisión marco y la LECrim italiana. No se está utilizando *contra legem* el incidente probatorio.

Tan solo quiero lanzar una señal de peligro y, quien sabe si inminente, por las influencias de este asunto en otras futuras controversias en las que no esté tan claro discernir entre interpretación conforme y efecto directo, sobre todo teniendo en cuenta el sentimiento de arrepentimiento en la aplicación de la vía interpretativa que ha mostrado el Tribunal de Luxemburgo en asuntos posteriores (*Francoovich, Faccini Dori, El Corte Inglés*) creando una vía alternativa en las directivas como es la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas que fácilmente se podría trasladar al ámbito de las decisiones marco. Con ello quiero advertir lo arriesgado que sería utilizar el principio de interpretación conforme a las decisiones marco cuando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el caso de las directivas no ha sabido distinguirlo del efecto directo en más de una ocasión<sup>112</sup> y cuando además en otro tipo de casos, dado los problemas y complejidades que presenta, ha prescindido de él abriendo la puerta a la responsabilidad patrimonial del Estado miembro incumplidor.

En definitiva, las decisiones marco no pueden tener efecto directo porque así lo predica el art. 34 del TUE. Llamemos entonces por su nombre a lo que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia está haciendo en *Marleasing, Pfeiffer* e incluso *Pupino*, pero no utilicemos un “eufemismo” cuando el resultado es exactamente el mismo. En consecuencia, si queremos reforzar la cooperación judicial entre los Estados miembros a la que hace alusión el Tribunal de Justicia, comencemos por modificar los tratados reconociendo a las disposiciones del Tercer Pilar efectos directos en determinados casos o al menos no excluyéndoles de los mismos de forma expresa. Es decir, comencemos por comunitarizar el Tercer Pilar que es lo que a pesar de la oposición de diversos Estados ha ocurrido con el asunto *Pupino* no siendo quizás esta vía la más conveniente.

En esa dirección punta el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa<sup>113</sup> en el cual desaparecen los pilares y se unifica el sistema de actos. El artículo I-33 con la denominación de *ley marco* engloba en una sola categoría lo que hoy es la directiva y la decisión marco. A ello se une que la nueva tipología de instrumentos normativos previstos en la Constitución Europea se aplicará también a las materias actualmente cubiertas por la cooperación policial y judicial en materia penal no excluyendo su directa aplicabilidad, al menos no expresamente<sup>114</sup>, siendo pues el

---

<sup>112</sup> Asunto *Marleasing* (*vide supra* nota nº 111) y recientemente *Pfeiffer*. En este último, la interpretación conforme da lugar a la no aplicación de disposiciones de derecho interno, en este caso alemán, contrarias – interpretación pues *contra legem*- a la Directiva 93/104 de 23 de noviembre de 1993 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

<sup>113</sup> Diario Oficial nº C 310 de 16 de diciembre de 2004.

<sup>114</sup> Art. I-33, apartado 1: “(...)La ley marco europea es un acto legislativo que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la competencia de elegir la forma y los medios”.

Tribunal de Justicia el que tendría que ir perfilando esta cuestión a través de su jurisprudencia en futuras situaciones. Lamentablemente, mucho me temo que tardará un periodo considerable de tiempo en pronunciarse sobre el efecto directo de las leyes marco dado el estancamiento político que atraviesa actualmente el proceso de integración europea que ha supuesto el no a la Constitución en Francia y Holanda.

Por todo ello, he de adoptar una posición crítica ante la decisión del Tribunal de Justicia no por su resultado, al que sin duda alguna había que llegar, sino por su argumentación, por utilizar las decisiones marco en términos de eficacia interpretativa cuando realmente pueden llevar a la eficacia aplicativa. Propongo pues el reconocimiento del efecto directo de las decisiones marco en algunos supuestos concretos como son el caso de disposiciones procesales y siempre y cuando no se vulneren derechos fundamentales.

**\*BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA:**

**AA.VV.:** *“Documentación Administrativa 263-264 (mayo-diciembre de 2002). Volumen dedicado al Principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones”.*

**AA.VV.:** *“Instituciones de Derecho Comunitario”* (coord. Rosario Huesa Vinaixa). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2000.

**ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, Jorge:** *“La directiva comunitaria desde la perspectiva constitucional”.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2004.

---

A este respecto, el Grupo dedicado a la simplificación consideró que sería posible prever en el nuevo Tratado Constitucional que los instrumentos adoptados en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal no desplegaran en ningún caso efecto directo (CONV 424/02). Afortunadamente, la iniciativa no prosperó porque de lo contrario los particulares se hubiesen enfrentado a actos jurídicos que en unas materias podrían desplegar efecto directo, mientras que en otras –la cooperación penal y policial– estaría excluido.

**ALONSO GARCÍA, Ricardo:** *“Derecho comunitario y derechos nacionales: autonomía, integración e interacción”*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.

**ALONSO GARCÍA, Ricardo:** *“La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario”*. Civitas. Fundación Universidad Empresa: Cuadernos de Estudios Europeos. Madrid, 1997.

**ALONSO GARCÍA, Ricardo:** *“El Juez español y el Derecho Comunitario”*. Premio “Rafael Martínez Emperador” 2002. Consejo General del Poder Judicial.

**ALONSO GARCÍA, Ricardo:** *“Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. BOE. Segunda Edición. Madrid, 2003.

**ARANGÜENA FANEGO, Coral:** *“Avances en la cooperación judicial penal en la Unión Europea”*, en *Logros, iniciativas y retos institucionales y económicos: La Unión Europea del siglo XXI*. Ed. Lex Nova. Valladolid, junio de 2005, pp. 105-131

**BELDA DE MERGELINA, R.:** *“La sentencia Marleasing: ¿interpretación del derecho nacional conforme a las directivas comunitarias o efecto directo horizontal de las directivas?”* Gaceta Jurídica de la CEE, Boletín. Madrid, nº 89 (enero 1991), p. 3-7.

**BELLIDO BARRIONUEVO, María:** *“La directiva comunitaria”*. Ed. Dykinson, S.L. 2003.

**BELLO MARTÍN-CRESPO, María Pilar:** *“Las directivas como criterio de interpretación del derecho nacional (especial consideración de la jurisprudencia del TS en la aplicación de normas de derecho mercantil)”*. Ed. CIVITAS, 1999.

**CASTILLO BLANCO, Federico A.:** *“La protección de la confianza legítima en el Derecho Administrativo”*, Madrid, 1998, ed. Marcial Pons.

**ELSEN, Charles:** *“El espacio judicial europeo. Situación actual y perspectivas de futuro”*, Seminario sobre el Espacio judicial europeo celebrado en Toledo en octubre de 2003.

**BONICHOT, Jean-Claude.:** *“Chronique Internationale”*, Revue de science criminelle (3) jul-sept 1998.

**FERREIRA RUBIO, María Delia:** *“La buena fe: el principio general de la buena fe en el derecho civil”*, Ed. Montecorvo S.A., 1984

**FERNÁNDEZ MARTÍN, J. M.:** *“El efecto directo de las directivas y la protección de los derechos subjetivos comunitarios en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Intento de sistematización”*. CISS, núm. 135, abril 1996, pp. 17-29.

**GARCÍA AMIGO, Manuel:** *“Consideraciones a la buena fe contractual”*. En Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada. Volumen I. Universidad de Almería. 2000.

**GRASSO, Giovanni.:** *« Comunità Europee e diritto penale : i rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati Membri »*. Giuffrè Editore, 1989.

**GONZÁLEZ ALONSO, Luis Noberto:** “La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia”, RDCE, nº 4, 1998.

**GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás:** “Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal”. Ed. Colex, 1990.

**GUICHOT, Emilio:** “La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho comunitario”. Biblioteca Jurídica Cuatrecasas. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2001.

**ISAAC, Guy:** “Manual de Derecho comunitario general”. Ariel Derecho. Barcelona, 2000.

**MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego:** “Instituciones y derecho de la Unión Europea”. Ed. Tecnos. Quinta Edición. Madrid 2005

**MENGOZZI, Paolo:** “Derecho comunitario y de la Unión Europea”. Ed. Tecnos. Madrid. 2000.

**NARANJO DE LA CRUZ, Rafael:** “Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2000.

**PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen:** “Responsabilidad del Estado frente a particulares por incumplimiento del Derecho comunitario”. Tirant Monografías. Valencia 2001.

**PICÓ I JUNOY, Joan:** “El principio de la buena fe procesal”, J.M Bosch Editor. Barcelona 2003.

**PRECHAL, Sacha:** “Directives in European Community Law. A study of directives and their enforcement in national courts”. Clarendon Press-Oxford, 1995.

**PUERTA DOMÍNGUEZ, Enrique:** “La directiva comunitaria como norma aplicable en derecho”. Editorial Comares, 1999.

**RODRÍGUEZ RAMOS, Luis:** “Justicia penal: comentarios de sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo”, pp. 39-45.

**SANTOS VARA, Juan:** “La aplicación de la doctrina de la interpretación conforme a las decisiones marco. El acercamiento de la cooperación policial y judicial en materia penal al primer pilar. Comentario a la sentencia del TJCE de 16 de junio de 2005, asunto Pupino”. En iustel.com, Revista General de Derecho Europeo, nº 8, octubre de 2005.

**SARAZÁ JIMENA, Rafael:** “La eficacia directa de las directivas no transpuestas en las relaciones entre particulares. La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del caso “Faccini”. CEA, noviembre de 1994, pp. 31-38.

**SARMIENTO, D.:** “Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea: La sentencia María Pupino y el efecto directo de las decisiones marco”. Revista electrónica de estudios internacionales, nº 10, 2005

**SORIANO GARCÍA, José Eugenio:** “Reglamentos y directivas en la jurisprudencia comunitaria”. Tecnos. Madrid, 1988.

**VALLE GÁLVEZ, Alejandro:** “La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, RDCE, nº 3, 1998.

**VAZQUEZ ORGAZ, Jorge:** *“La eficacia directa de las directivas comunitarias”*. Octubre 2002.  
<http://66.102.9.104/search?q=cache:dAbmU0UtKk0J:www.derecho.com/boletin/articulos/articulo0157.htm+asunto+arcaro&hl=es>