

LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO DE LOS ESTADOS CONFORME AL DERECHO COMUNITARIO: LAS EXIGENCIAS Y LOS LÍMITES DE UN NUEVO CRITERIO HERMENÉUTICO*

Ricardo ALONSO GARCÍA

Quizás pueda sorprender el título de mi intervención: “La interpretación del derecho de los Estados conforme al derecho comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico”.

En efecto, ya en 1984, en el asunto *Von Colson y Kamann*,¹ el TJCE (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) declaró la obligación del juez nacional de “dar a la legislación nacional adoptada en ejecución de la Directiva, en la medida en que así lo permita su Derecho nacional, una interpretación y una aplicación conformes con las exigencias del Derecho Comunitario”.

Como es sabido, en el asunto *Marleasing* (1990)² el TJCE extendería la obligación de la interpretación conforme al derecho nacional preexistente:

al aplicar el Derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 [actual 249] del Tratado.

¿Qué hay, pues, de novedoso en el principio de “interpretación conforme” que pueda llevarme a calificarlo de “nuevo criterio hermenéutico”?

* Intervención en la sesión inaugural del seminario sobre “La convergencia de las jurisdicciones administrativas supremas de la Unión Europea en la aplicación del derecho comunitario”, organizado por el Tribunal Supremo español en colaboración con la *Association des Conseils d'Etat et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne*, Santander, 8-10 de septiembre de 2008.

¹ Sentencia del 10 de abril de 1984 (14/83).

² Sentencia del 13 de noviembre de 1990 (C- 106/89).

En primer lugar, ulteriores desarrollos al respecto en la doctrina del TJCE, que han obligado a replantear posiciones sostenidas en los Estados miembros por la doctrina y la jurisprudencia.

Baste por el momento con adelantar que en el asunto Pfeiffer (2004),³ el TJCE extendió la obligación de interpretación conforme al “conjunto de normas de Derecho nacional”, más allá, pues, de las “destinadas especialmente a adaptarlo a la directiva [en cuestión]”; poco después, el TJCE prolongaría tal obligación de interpretación conforme, construida en el contexto del pilar comunitario, al terreno del tercer pilar (*i.e.* de la cooperación policial y judicial en materia penal: asunto Pupino, 2005).⁴

Y, en segundo lugar, debe advertirse que pese a resultar familiar, en una primera aproximación, a otros principios tradicionales de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, como el de interpretación conforme con la Constitución, o con el derecho internacional, este de interpretación conforme con el derecho comunitario presenta, sin embargo, variantes no desdeñables que lo singularizan, en un contexto de continuo debate en torno a su exacto alcance tanto en términos teóricos como prácticos, respecto de los referidos principios hermenéuticos nacionales.

Prueba evidente de ambas afirmaciones puede encontrarse en los coloquios que periódicamente celebra, desde hace años, la Asociación de Consejos de Estado y de Jurisdicciones Administrativas Supremas de la Unión Europea, cuyo papel, más allá de su importante cooperación en la celebración del presente seminario, es digno de destacar, habida cuenta de que sin la “complicidad” de las jurisdicciones nacionales, los discursos del TJCE corren el riesgo de caer en el vacío. Esenciales resultan, por tanto, los coloquios y seminarios que organiza la Asociación, así como la publicación en su página *web* de los informes presentados al respecto, en la medida en que nos permiten conocer, a través de las más altas jurisdicciones nacionales, los problemas concretos que plantea el derecho comunitario a la hora de articular su aplicación por los poderes públicos nacionales a los ciudadanos.

Sin ánimo de ser exhaustivo, recordaré que en 1996 la Asociación celebró en Bruselas un coloquio dedicado a “La transposición de las directivas de la Unión Europea en el derecho interno”, en el que se prestó especial atención al tema que nos ocupa de la “interpretación conforme”.

De nuevo, en 2004, la “interpretación conforme” va a protagonizar parte del coloquio de la Asociación celebrado en La Haya, entonces dedica-

³ Sentencia del 5 de octubre de 2004 (C- 397/01 a C- 403/01).

⁴ Sentencia del 16 de junio de 2005 (C- 105/03).

do a “La calidad de la legislación comunitaria, y su desarrollo y aplicación en el ordenamiento jurídico nacional”.

Y otro tanto, en fin, ha sucedido en el coloquio recién celebrado en Varsovia en junio de este año, dedicado a “Las consecuencias de la incompatibilidad con el derecho comunitario de actos administrativos firmes, y de sentencias de lo contencioso-administrativo firmes en los Estados miembros”. Baste con reproducir un extracto del “Informe General”, en el que se subraya cómo los autores del cuestionario dirigido a los ponentes nacionales pretendieron que se aclarara “si la obligación de interpretar el derecho nacional conforme al derecho comunitario tiene algún efecto en el ámbito discrecional en su caso reconocido a las autoridades administrativas”; así, por ejemplo, a los efectos de imponer la revocación de actos nacionales contrarios al derecho comunitario allí donde el derecho interno permite (y por tanto, no impone) la revocación de actos nacionales contrarios al propio derecho interno. Y lo que quedó en todo caso bien claro a la luz de las ponencias presentadas es que no existía una respuesta uniforme al respecto.

Sin abandonar por el momento los trabajos de la Asociación de Consejos de Estado y de Jurisdicciones Administrativas Supremas de la Unión Europea, señalaba antes que la interpretación conforme es un tema en constante evolución que obliga a replantear posiciones adoptadas en los Estados miembros por la doctrina y la jurisprudencia. Así, por ejemplo, la ponencia alemana en el referido coloquio de la Asociación de 2004 difícilmente podría sostener hoy en día, sin matizaciones, lo que con rotundidad sostuvo entonces, a saber, que debía descartarse la obligación de interpretación conforme antes de la finalización del plazo de ejecución de las directivas, “incluso si resulta evidente que el legislador no implementará la directiva en plazo”.

Frente a tal afirmación, cabe invocar la doctrina del TJCE en el asunto *Adeneler* (2006),⁵ en el que, tras recordar que “las directivas se publican en el *Diario Oficial de la Unión Europea* y entran en vigor en la fecha que ellas mismas fijen o, a falta de ella, a los veinte días de su publicación o bien se notifican a sus destinatarios y surten efecto a partir de tal notificación”, declaró que “a partir de la fecha de entrada en vigor de una directiva, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros deben abstenerse en la medida de lo posible de interpretar su derecho interno de un modo que pueda comprometer gravemente, tras la expiración del plazo de adaptación del derecho interno a la directiva, la realización del objetivo perseguido por ésta”.

Señalaba también que el alcance exacto del principio de interpretación conforme dista de estar claro, siendo objeto de continuo debate. Valga igual-

⁵ Sentencia del 4 de julio de 2006 (C-212/04).

mente como ejemplo la ponencia austriaca en el mismo coloquio de 2004, la cual, subrayando que siguen persistiendo en la actualidad problemas de frontera con la doctrina de la eficacia directa, plantea abiertamente la pregunta de “si el resultado de la interpretación conforme puede realmente consistir en que, de hecho, se desemboque en una aplicación directa”.

Me detengo ahora en una última aclaración antes de desarrollar propiamente el tema de mi intervención.

La técnica o principio de “interpretación conforme”, referida al ordenamiento jurídico comunitario, se aplica en tres planos distintos, a saber:

1. La “interpretación conforme” del derecho comunitario *derivado* con el derecho comunitario *originario*;
2. La “interpretación conforme” del derecho comunitario, *in totum*, con el derecho internacional;
3. La “interpretación conforme” de los derechos nacionales con el derecho comunitario.

Es en este último plano, por tanto, donde voy a centrar mi intervención. Pero la aclaración que acabo de hacer resulta además necesaria para situar donde corresponde las comparaciones con familiares técnicas o principios hermenéuticos existentes en los derechos de los Estados miembros a los que ya me he referido, concernientes a la “interpretación conforme” de leyes y reglamentos internos con la propia Constitución nacional o con el derecho Internacional.

Sucede que tales comparaciones pueden resultar equívocas, por cuanto: 1) cuando se interpreta el derecho nacional conforme al derecho Comunitario, el intérprete está manejando dos ordenamientos “recíprocamente autónomos”, aunque al tiempo “coordinados y comunicantes”;⁶ ello, pues, a diferencia de lo que sucede cuando el intérprete maneja el principio interno de interpretación conforme del derecho nacional con la propia Constitución, caso éste en el que dicho principio se desenvuelve en el contexto de un ordenamiento único (por muchos rasgos federales que pueda presentar); 2) cuando se interpreta el derecho nacional conforme al derecho internacional, y se intenta extrapolar tal experiencia interna al terreno de la interpretación conforme con el derecho comunitario, se olvida en muchas ocasiones la premisa básica sentada por el TJCE en sus *leading cases* Van Gend en Loos

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 4 de julio de 1989, num. 389. Mencionaré en más de una ocasión a lo largo de mi intervención a la jurisdicción constitucional italiana, rindiendo así homenaje a su decisión de febrero de 2008 de dirigirse por vez primera vía prejudicial a Luxemburgo (asunto registrado como C-169/08, Regione della Sardegna).

(1963)⁷ y Flaminio Costa (1964),⁸ consistente en puntualizar que el derecho comunitario constituiría un “nuevo” ordenamiento jurídico, “autónomo” respecto del ordenamiento internacional y del ordenamiento de los Estados miembros.

De ahí que las comparaciones, desde una correcta aproximación metodológica, deban en su caso hacerse entre similares planos hermenéuticos, esto es, comparando el principio interno de interpretación conforme con la Constitución con el principio comunitario de interpretación conforme del derecho derivado con el derecho originario, y comparando asimismo el principio interno de interpretación conforme con el derecho internacional, con el principio comunitario de interpretación igualmente conforme con el derecho internacional.

Valga como ejemplo el principio de “conservación del ordenamiento jurídico”. Dicho principio puede inspirar a su vez la aplicación del principio interno de interpretación conforme con la Constitución, o del principio comunitario de interpretación conforme del derecho derivado con el derecho originario. Sin embargo, y como veremos, es un principio ajeno a la aplicación del principio de interpretación de los derechos nacionales conforme al derecho comunitario, y concretamente, conforme a las directivas comunitarias, las cuales imponen en ocasiones modificaciones expresas de la normativa nacional pese a existir pronunciamientos de los tribunales internos, habiendo interpretado dicha normativa conforme a directivas comunitarias. Con otras palabras: según doctrina consolidada del Tribunal Constitucional italiano, por ejemplo, las leyes no se declaran inconstitucionales porque sea posible darles una interpretación inconstitucional, sino porque sea imposible darles una interpretación conforme (a la Constitución);⁹ en el marco europeo, en cambio, se pueden llegar a considerar “anticomunitarias” normas nacionales que permitan una interpretación contraria a las directivas, de manera que, aun cuando en el plano nacional el *Estado juez* opte por una interpretación conforme en el caso concreto, el *Estado legislador* podría incurrir en incumplimiento susceptible de ser declarado y castigado ex artículos 226-228 TCE (doctrina ésta, por cierto, que contrasta con la sentada por el TJCE en el plano de la “interpretación conforme” del derecho comunitario *derivado* con el derecho comunitario *originario*, la cual se asemeja a la ración referida del Tribunal Constitucional italiano. Véase asunto *Ordre des*

⁷ Sentencia del 5 de febrero de 1963 (26/62).

⁸ Sentencia del 15 de julio de 1964 (6/64).

⁹ Cfr. *La giustizia costituzionale nel 2003. Conferenza stampa del 2 aprile 2004. Presidente G. Zagrebelsky*.

barreaux francophones et germanophone e.a., 2007,¹⁰ en el que el TJCE recuerda que “constituye jurisprudencia reiterada que, cuando un texto de derecho comunitario derivado es susceptible de varias interpretaciones, procede dar preferencia a aquella que hace que la disposición se ajuste al Tratado de la Comunidad Europea, y no a la que conduce a considerarla incompatible con él”).

Por lo demás, incluso manteniendo las comparaciones en el plano correspondiente, no hay que olvidar que los ordenamientos nacionales presentan entre sí importantes variantes. Así, por ejemplo, el principio de interpretación conforme con la Constitución no suele ejercerse de la misma manera en el contexto de controles *ex ante* que de controles *ex post*; como también puede variar su intensidad en función de la mayor o menor capacidad que se reconozca al intérprete supremo de la Constitución para dictar sentencias interpretativas o incluso *manipulativas*, según expresivo término vinculado a la jurisdicción constitucional italiana. Y otro tanto sucede con los principios nacionales de interpretación conforme con el derecho internacional. Es más, incluso pueden existir diferencias en un mismo contexto jurídico nacional, en función de la naturaleza del derecho internacional llamado a servir de parámetro de interpretación del derecho interno. Valga como ejemplo el caso español, en el que el artículo 10.2 de la Constitución confiere un status reforzado en términos hermenéuticos a los tratados internacionales sobre derechos humanos respecto de los demás tratados.¹¹

Centrémonos, pues, en las características del principio de interpretación conforme de los derechos nacionales con el derecho comunitario, que no es un principio nacional, sino un principio comunitario acuñado por el intérprete supremo del propio ordenamiento jurídico comunitario (el TJCE), con vocación de ser manejado de manera análoga por todos los operadores jurídicos nacionales, y muy particularmente por los jueces y tribunales internos:

1) Se trata de un principio, como se acaba de señalar, comunitario. Por mucho que en algunos Estados miembros, como sucede con los principios comunitarios de primacía y eficacia directa, se intente encontrar una cláusula interna, constitucional o legal, que ampare el principio de interpretación conforme, lo cierto es que se trata de un principio autónomo que

¹⁰ Sentencia del 26 de junio de 2007 (C-305/05).

¹¹ Según el citado precepto, “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

deriva del propio ordenamiento jurídico comunitario. O con palabras del TJCE, se trata de un principio que “es inherente al régimen del Tratado”.¹²

2) Es un principio que, en sentido estricto, sólo es predicable respecto de instrumentos comunitarios jurídicamente vinculantes (de todos ellos: con relación al Tratado [*cf.* asunto Murphy, 1988,¹³ o más recientemente, asunto ITC, 2007],¹⁴ con relación a reglamentos que en determinados casos requieran medidas nacionales de desarrollo o complemento [*cf.* asunto Rolex, 2004]).¹⁵ Así, pese a la similitud del lenguaje empleado por el TJCE, no es la misma la fuerza interpretativa que despliegan las normas comunitarias vinculantes que la que despliegan las normas comunitarias no vinculantes. Mientras que las normas vinculantes obligan al juez nacional “a hacer todo lo posible” por encontrar una lectura de las normas internas conforme a aquéllas, las normas no vinculantes (*soft law*) sólo imponen al juez nacional “tenerlas en cuenta” a la hora de interpretar el derecho interno. En efecto, negada la obligación de aplicar directamente una *recomendación* como consecuencia de su naturaleza no vinculante, el Tribunal sostuvo en el asunto Grimaldi (1989)¹⁶ que ello, sin embargo, no podía conducir a considerar las recomendaciones “como carentes en absoluto de efectos jurídicos”, afirmando a continuación que “los tribunales nacionales están obligados a tener en cuenta las recomendaciones a la hora de resolver los litigios de que conocen, sobre todo cuando aquéllas ilustran acerca de la interpretación de disposiciones nacionales adoptadas con el fin de darles aplicación, o también cuando tienen por objeto completar las disposiciones comunitarias dotadas de fuerza vinculante”.

Asumido que la doctrina Grimaldi resulta, en principio, aplicable a otras variantes de *soft law*, adviértase la diferencia de matiz entre el alcance interpretativo de éste y el del *hard law*, que se traduce en una imposición a jueces y tribunales nacionales de buscar una interpretación de las normas nacionales conforme a las comunitarias, de modo que siendo dicha interpretación posible, no puede ser descartada por el juez nacional al aplicar el derecho interno; Grimaldi, sin embargo, se limita a imponer al juez nacional la obligación de no obviar la existencia de la recomendación, lo que nos sitúa no en el terreno de la obligada interpretación conforme (tanto de su búsqueda como, si encontrada, de su plena operatividad), sino cuanto

¹² *Asunto Pfeiffer, cit.*

¹³ Sentencia del 4 de febrero de 1988 (157/86).

¹⁴ Sentencia del 11 de enero de 2007 (C-208/05).

¹⁵ Sentencia del 7 de enero de 2004 (C-60/02).

¹⁶ Sentencia del 13 de diciembre de 1989 (322/88).

más en el de la motivación sobre su posible descarte a la hora de aplicar el derecho interno.

Dicho lo cual, la puerta permanece abierta a otros posibles matices, pues no hay que olvidar que el Tribunal enfatizó en Grimaldi el hecho de que la recomendación ilustre “acerca de la interpretación de disposiciones nacionales adoptadas con el fin de darles aplicación” (lo que parece acentuar su fuerza interpretativa con relación al derecho nacional adoptado en voluntaria ejecución de la recomendación, frente a su fuerza interpretativa respecto del derecho nacional a ella *preexistente*) o tenga por objeto “completar las disposiciones comunitarias dotadas de fuerza vinculante” (lo que también parece acentuar su fuerza interpretativa a medida que mayor sea su ligazón con el *hard law*). Por otro lado, parece claro que la publicidad o no del *soft law* puede también desembocar en una mayor o menor intensidad de su fuerza interpretativa, y otro tanto podría decirse de la presencia o no de doctrina del TJCE en su respaldo, o del contexto mismo de su procedencia (así, el Tribunal suele otorgar poco valor, por no decir ninguno, a las *declaraciones* que acompañan en muchas ocasiones a reglamentos o directivas cuando no se reflejan de algún modo, debido normalmente a discrepancias en la negociación, en la normativa adoptada).

3) En el terreno de las normas comunitarias vinculantes, el principio de interpretación conforme varía en intensidad en función de la naturaleza de la norma en cuestión. Así, aunque como se ha señalado, se trata de un principio “inherente al régimen del Tratado”,¹⁷ vinculado al “principio de cooperación leal” del artículo 10 TCE¹⁸ y al “efecto útil” de la competencia prejudicial,¹⁹ el TJCE agudiza sus fundamentos y sus consecuencias en el particular terreno de las directivas²⁰, apoyándose específicamente en el “efecto útil” del pá-

¹⁷ “En la medida en que permite al órgano jurisdiccional nacional garantizar, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del derecho comunitario cuando resuelve el litigio de que conoce”. *Cfr. Pfeiffer*.

¹⁸ Que impone “a todas las autoridades de los Estados miembros incluidos, en materia de su competencia, los tribunales”, la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas, generales o particulares, para cumplir con las obligaciones que derivan del derecho comunitario. *Cfr. Von Colson y Kamann*.

¹⁹ Pues “dicha competencia se vería privada de la esencia de su efecto útil si los particulares no tuvieran derecho a invocar [los instrumentos jurídicos comunitarios] a fin de obtener una interpretación conforme del Derecho nacional ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros”. *Cfr. mutas mutandis Pupino*.

²⁰ Que es precisamente el terreno donde nació la doctrina del TJCE acerca de la “interpretación conforme”. *Cfr. Conclusiones del abogado general en ITC*.

rafo tercero del artículo 249 TCE.²¹ Tal reforzamiento de la interpretación conforme, en el terreno de las directivas, encuentra probablemente su razón de ser en la posibilidad de que tales normas no sean directamente aplicables al litigio, de llegar a constatarse una incompatibilidad, debido bien a la falta de “precisión e incondicionalidad” de su contenido, bien a la negación por el TJCE de su eficacia directa horizontal (en litigios *inter privatos*) y vertical inversa (en litigios entre el poder público y el administrado, en los que aquél pretende una directa aplicación de la directiva frente a éste): asunto Adenerler, en el que el TJCE declaró que

procede subrayar que esta obligación [de interpretación conforme], que se deriva de los artículos 10 CE, párrafo segundo, y 249 CE, párrafo tercero, así como de la propia directiva de que se trate, *se impone especialmente en el caso de que alguna disposición de la directiva carezca de efecto directo*, bien porque la disposición pertinente no sea lo bastante clara, precisa e incondicional como para producir tal efecto, bien porque el litigio se desarrolle exclusivamente entre particulares.

Y es que no debe olvidarse que descartada en tales supuestos la directa aplicación de la directiva (asumidos los matices que el TJCE ha ido introduciendo en su doctrina de la eficacia directa cuando ésta presenta una vertiente puramente *reaccional*, *i.e.*, un efecto de pura *exclusión* de la legislación nacional incompatible, sin llegar al extremo de su *sustitución* por la directiva), es precisamente la interpretación conforme la única vía que permitiría la *armonización* europea de la legislación nacional (pues al margen de dicha *armonización* se situaría la vía de la responsabilidad del Estado frente a los particulares por los daños y perjuicios derivados de la ejecución incorrecta del derecho comunitario). Tal aproximación resultaría, por lo demás, familiar a la de los tribunales británicos en relación con la *Human Rights Act (HRA 1998)*, en cuyo contexto, la imposibilidad de una interpretación conforme con el Convenio Europeo de Derechos Humanos no conduce a una directa aplicación de éste en detrimento de la legislación nacional contraria, sino tan sólo a una “declaración de incompatibilidad” de dicha legislación (lo

²¹ Pues el “carácter vinculante” que en él se atribuye a las directivas, “en el sentido de que éstas «obligarán» a los Estados miembros «en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios»”, quedaría debilitado si no se admitiera que dicho carácter vinculante “supone para las autoridades nacionales y, en particular, para los órganos jurisdiccionales nacionales, la obligación de interpretación conforme del derecho nacional”, alcanzando el resultado perseguido por la directiva y ateniéndose así al artículo 249 TCE. *Cfr.*, *mutas mutandis*, Pupino.

que ha llevado a los tribunales británicos, como veremos, a intensificar al máximo las posibilidades que ofrece dicha interpretación conforme).

4) La “interpretación conforme” tiene una clara vocación de homogeneidad en el sentido de principio manejado de manera análoga por los operadores jurídicos de todos los Estados miembros, más allá del margen para la diversidad, como veremos, más aparente que real, permitido por el TJCE (recordemos que en *Von Colson y Kamann*, el TJCE sentó la obligación del juez nacional de “dar a la legislación nacional adoptada en ejecución de la Directiva, *en la medida en que así lo permita su derecho nacional*, una interpretación y una aplicación conformes con las exigencias del derecho comunitario”). Por otro lado, puede advertirse una tendencia a superar los matices que algunas altas jurisdicciones nacionales introdujeron en su momento, *motu proprio*, en cuanto a la intensidad de la interpretación conforme en función de la naturaleza de la propia norma jurídica interna a interpretar, concretamente en relación con los textos constitucionales, o cuanto menos de partes de los mismos considerados como el *núcleo duro* de la soberanía nacional.

Es el caso, por ejemplo, del Tribunal Constitucional español, que parece haber asumido que la obligación de interpretación conforme alcanzaría incluso a los valores y principios esenciales de nuestro texto constitucional, progresivamente cubiertos, siguiendo la evolución de la Unión Europea, por la obligación de una lectura *pro communitate*. Así, en su Declaración 1/2004, del 13 de diciembre, tras constatar la creciente asunción explícita, como fundamento propio de la Unión, de los mismos valores y principios que presiden los ordenamientos constitucionales nacionales, sobre todo a partir del tratado por el que se establece una Constitución para Europa, el Tribunal Constitucional consideró que éste vendría a “consagrar la garantía de la existencia de los Estados y sus estructuras básicas, así como sus valores, principios y derechos fundamentales, que en ningún caso podrían *llegar a hacerse irreconocibles* tras el fenómeno de la cesión del ejercicio de competencias a la organización supraestatal” (situando así el límite del esfuerzo interpretativo *pro communitate* en las lecturas *contra constitutionem*, que son las que convertirían en “irreconocibles” las referidas zonas del texto constitucional especialmente soberanas).

En una línea similar parece moverse el Tribunal Constitucional polaco en su decisión del 11 de mayo de 2005 (sobre el Tratado de Adhesión de Polonia a la Unión Europea), en la que, tras comenzar proclamando que “las disposiciones de la Constitución, siendo ésta la norma suprema en la que se manifiesta la voluntad de la nación, no podrían perder su naturaleza vinculante o ver modificado su contenido por el mero hecho de su *incompatibilidad insuperable* con disposiciones comunitarias”, puntualizaría más adelante:

El principio de interpretación del Derecho interno de manera “conforme con el Derecho europeo”, tal y como resulta de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tiene sus límites. En ningún caso podría conducir a resultados contradictorios con *el texto explícito de las disposiciones constitucionales o resultar irreconciliable con las garantías mínimas plasmadas en la Constitución*.

El Tribunal Constitucional checo, por su parte, declararía en su decisión sobre la euro-orden del 3 de mayo de 2006:

El artículo 1.2 de la Constitución de la República Checa, junto con el principio de cooperación plasmado en el artículo 10 del Tratado CE, sienta las bases del principio constitucional según el cual el Derecho interno, incluida la Constitución, debe interpretarse de manera conforme con los principios de la integración europea y la cooperación entre las autoridades comunitarias y nacionales. En presencia de diversas interpretaciones posibles de la Constitución, incluida la Carta de Derechos y Libertades Fundamentales, debe optarse por aquella que respalde el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la República Checa en relación con su condición de miembro de la Unión Europea.

5) Se trata, en fin, de un principio con vocación expansiva, como ha demostrado su extensión al terreno del tercer pilar (asunto Pupino). Sobre ello volveré más adelante.

En el terreno de las directivas, que es donde el principio ha recibido un mayor tratamiento por parte del TJCE, existen aún interrogantes por resolver tanto en el plano teórico como en el de su aplicación práctica, al caso concreto.

El punto de partida debe ser la presencia de una directiva y de normativa interna a interpretar conforme a aquella; pues si no hay norma interna, no hay nada que interpretar conforme a la directiva, y el discurso se debe plantear, en su caso, en términos de eficacia directa. La afirmación es obvia, pero lo cierto es que existen algunos pronunciamientos del TJCE que han introducido confusión al respecto. Valga como ejemplo sus referencias al hecho de que, habida cuenta de la especial naturaleza jurídica de las directivas y de los límites derivados de los principios generales del derecho, “el requisito de interpretación conforme no puede llevar a que una directiva cree, por sí misma e independientemente de una ley interna de adaptación, obligaciones para los particulares o determine o agrave la responsabilidad penal de quienes contravengan sus disposiciones”.²² Es evidente que

²² Recientemente, *asunto Kofod*, 2007, sentencia del 5 de julio de 2007 (C-321/05).

si no hay norma interna que interpretar, es ésta ausencia la que determina conceptualmente la imposibilidad de recurrir al principio de interpretación conforme, y no los límites derivados de la naturaleza de las directivas (en el contexto de su eficacia no interpretativa, sino directa) o de los principios generales del derecho. Ello en el bien entendido de que el juez nacional, como hemos visto, debe tomar en consideración “el conjunto de normas del derecho nacional” (asunto Pfeiffer), incluso preexistente (asunto Marleasing), y no sólo la legislación adoptada para ejecutar la directiva de que se trate, por lo que el principio de interpretación conforme sí podría, en tal contexto, servir para cubrir de manera integradora supuestos de laguna legal.

Sentado lo anterior, la presencia de una directiva exige su toma en consideración antes de proceder a interpretar el derecho nacional. Aunque también considero obvia esta segunda afirmación, no parece que lo sea tanto a la luz de algunas ponencias presentadas en los coloquios de la Asociación, como en el de 2004, en el que pueden encontrarse afirmaciones en el sentido de que “el texto nacional es sin duda alguna el punto de partida de toda interpretación nacional”.

Si se procede de esta manera, se puede estar condicionando la operatividad del principio de interpretación conforme.

No se trata de interpretar el texto nacional aisladamente y, en caso de duda, acudir a la lectura del texto europeo. Se trata de interpretar el texto nacional, desde el comienzo, de conformidad con la directiva, y no sólo con ésta, pues como ha recordado recientemente el TJCE en el asunto *Promisicae*, 2008,²³

en el momento de aplicar las medidas de adaptación del ordenamiento jurídico a estas Directivas, corresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no sólo interpretar su Derecho nacional de conformidad con dichas Directivas, sino también procurar que la interpretación de éstas que tomen como base no entre en conflicto con [los] derechos fundamentales o con los demás principios generales del Derecho comunitario, como el principio de proporcionalidad.

Así lo expresa claramente la ponencia de Inglaterra y Gales presentada en el recién mencionado Coloquio de 2004: “los tribunales tomarán frecuentemente como punto de partida los términos de la directiva en lugar de (en la medida en que pueden ser diferentes) los términos de la legislación nacional de ejecución”.

²³ Sentencia del 29 de enero de 2008 (C-275/06).

Situados en tal punto de partida, podría ya entrar en juego el “espíritu CILFIT” (reafirmado en el asunto *Intermodal Transports*, 2005),²⁴ así como los propios métodos comunitarios de interpretación. Y en tal contexto, hay que advertir que la interpretación del ordenamiento jurídico comunitario presenta sus especialidades, como la variedad de versiones lingüísticas oficiales a tener en cuenta o la intensificación del recurso al derecho comparado.

Por lo demás, puede suceder, y de hecho sucede, que las dudas acerca del alcance de la directiva surjan precisamente al cotejarla con la legislación nacional. Será entonces cuando entre en juego en su caso la cuestión prejudicial.

Recuérdese al respecto que, según la *Nota Informativa sobre el Planteamiento de Cuestiones Prejudiciales por los Órganos Jurisdiccionales Nacionales* (2005),

El órgano jurisdiccional nacional puede remitir al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial tan pronto como estime que, para poder emitir su fallo, resulta necesaria una decisión sobre algún extremo de interpretación o de validez. Él es el mejor situado para apreciar la fase del procedimiento en que procede plantear tal cuestión (punto 18);

Es preferible, no obstante, que la decisión de plantear una cuestión prejudicial se adopte en una fase del procedimiento nacional en la que el juez remitente esté en condiciones de definir el marco fáctico y jurídico del problema, para que el Tribunal de Justicia disponga de todos los elementos necesarios para comprobar, en su caso, que el derecho comunitario es aplicable al litigio principal. También puede resultar útil para la recta administración de la justicia que la cuestión prejudicial se plantee después de un debate contradictorio (punto 19)

Pero debe quedar claro, se insiste, que la lectura de la legislación interna debe estar presidida, desde el comienzo, por el principio de interpretación conforme desde una perspectiva apriorística (en el sentido de que predetermina el manejo de los principios nacionales de interpretación) y, además, transversal (en el sentido de que impone un manejo de los principios nacionales de interpretación que mejor sirvan, en el caso concreto, al principio comunitario de interpretación conforme).

Volvamos de nuevo sobre la doctrina del TJCE. El juez nacional está obligado a “hacer todo lo posible” en la búsqueda de una interpretación conforme con el derecho comunitario, manejando sus métodos de interpretación (“en la medida en que así lo permita su derecho nacional”: Von Col-

²⁴ Sentencia del 15 de septiembre de 2005 (C-495/03).

son y Kamann; véase asimismo Pfeiffer). En principio, pues, hay margen de maniobra (“margen de apreciación” que le conceda su derecho nacional es la expresión empleada por el TJCE en *Frigerio Luigi & C.*, 2007),²⁵ habida cuenta de la remisión del TJCE a los métodos nacionales de interpretación. Tal margen de maniobra, no obstante, es menor de lo que parece, dado que el manejo de los métodos nacionales de interpretación está subordinado a la consecución de una interpretación conforme. Probablemente el TJCE estuviera asumiendo de antemano, al remitir a los métodos nacionales de interpretación, la flexibilidad con la que los jueces y tribunales nacionales suelen manejar dichos métodos (como también el TJCE maneja con flexibilidad sus propios métodos comunitarios de interpretación),²⁶ lo que facilitaría su subordinación a la búsqueda de una interpretación conforme con la directiva. Con ese y no otro objetivo hay que manejar los métodos nacionales de interpretación, que desde un comienzo pueden resultar alterados por el alcance del principio comunitario de interpretación conforme.

Valga como ejemplo el valor de los trabajos preparatorios en la interpretación de las normas internas. Pueden tener mucha importancia en la metodología interpretativa de un ordenamiento nacional. Pero dicha importancia está ya relativizada en *Marleasing*, al extender el principio de interpretación conforme, como vimos, al derecho nacional preexistente. Más aún en *Pfeiffer*, al extenderlo, según adelanté al comienzo de mi exposición, a todo el derecho nacional, y no sólo a las normas dictadas en ejecución de las directivas:

Si bien el principio de interpretación conforme del Derecho nacional se refiere, en primer lugar, a las normas internas establecidas para adaptar el Derecho interno a la directiva de que se trate, no se limita, sin embargo, a la exégesis de dichas normas, sino que requiere que el órgano jurisdiccional nacional tome en consideración todo el Derecho nacional [*i.e.*, “el conjunto del 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 directiva.

Pero sucede, además, que incluso poco antes de dictar la sentencia *Pfeiffer*, el TJCE había llegado a afirmar expresamente en el asunto *Björnekulla* (2004),²⁷ que

²⁵ Sentencia del 18 de diciembre de 2007 (C-357/06).

²⁶ *Cf.* H. Kutscher, *Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour*, Corte de Justicia de las Comunidades Europeas-Rencontre judiciaire et universitaire, 27 y 28 septembre 1976; recientemente, A. Rosas, “*Methods of Interpretation – Judicial Dialogue*”, en Baudenbacher, C. y Buses, E. (eds.) *The Role of International Courts*, German Law Publishers, 2008.

²⁷ Sentencia del 29 de abril de 2004 (C-371/02).

cuando un órgano jurisdiccional nacional tiene que interpretar el Derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva de que se trate, está obligado a hacer todo lo posible por interpretarlo a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para alcanzar el resultado que ésta persigue y atenerse así al artículo 249 CE, párrafo tercero [...], *y ello a pesar de los elementos de interpretación en sentido contrario que pudieran resultar de los trabajos preparatorios de la norma nacional.*

Subordinación, pues, de los métodos nacionales de interpretación a la búsqueda de una interpretación conforme con la directiva, que alcanza también, como es lógico, al método gramatical o textual, que puede resultar no ya modulado, sino desplazado por otro método nacional de interpretación en el marco de la mencionada búsqueda de una lectura conforme con la norma comunitaria.

Así, frente a frecuentes afirmaciones en el sentido de que sólo podría forzarse la lectura de la norma interna en caso de que aquélla presentara alguna ambigüedad (identificando así con una interpretación contraria a la pura letra de la ley el límite del *contra legem* que el TJCE reconoce a la interpretación conforme), lo cierto es que lo que en principio parecería no admitir dobles lecturas a la luz del puro texto del precepto a interpretar, podría, sin embargo, llegar a admitir lecturas distintas si interpretado dicho texto en su contexto, o a la luz de los trabajos preparatorios de la norma nacional o del espíritu de ésta, presidido siempre tal esfuerzo hermenéutico, se insiste, por la búsqueda de una interpretación conforme.

Puede aquí traerse a colación la decisión de la *House of Lords* del 21 de junio de 2004, en el asunto *Ghaidan vs. Ghodin-Mendoza*, aclarando antes al respecto que, pese a tratarse de una decisión dictada en el marco de la antes mencionada *HRA 1998*, tal norma, y concretamente su artículo 3 (1) (según el cual “la legislación primaria y su subordinada deberá ser interpretada y aplicada, en la medida de lo posible, de manera conforme con los derechos del Convenio”), se inspiró en la doctrina del TJCE sobre la interpretación conforme de las directivas (como afirma en su opinión Lord Rodger of Earlsferry:

Cuando el Parlamento estableció que, “en la medida de lo posible”, la legislación debía interpretarse y aplicarse de manera conforme con los derechos del Convenio, se estaba refiriendo, cuanto menos, a los más amplios poderes de interpretación de la legislación hasta entonces ejercidos por los tribunales hasta 1998. En particular, el Parlamento habría sido consciente de lo que habían venido haciendo los tribunales en orden a cumplir con su obligación, al interpretar la legislación interna, de —citando *Marleasing*— “hacer todo

lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para alcanzar el resultado a que se refiere la directiva”; de hecho, la fórmula “en la medida de lo posible” es interpretada de una manera mucho más intensa por los tribunales británicos que por los tribunales neozelandeses y australianos, que cuentan con una fórmula parecida, respectivamente, en la *New Zealand Bill of Rights Act 1990* y en la *Human Rights Act 2004*).²⁸

Bien esclarecedora resulta la opinión de Lord Nichols of Birkenhead, que precede a la de sus colegas:

Una interpretación defendible de la expresión “posible” sería aquella según la cual el artículo 3o. se limita a exigir a los tribunales que resuelvan ambigüedades. Cuando las palabras bajo consideración admiten cabalmente más de un significado, debe prevalecer el que impone el Convenio. Debería darse a las palabras el significado más conforme con los derechos del Convenio.

Tal interpretación del artículo 3o. otorgaría al precepto un alcance relativamente limitado. Y no es ésta la visión que ha prevalecido. Se acepta ahora de manera generalizada que la aplicación del artículo 3 no depende de la presencia de ambigüedades en la legislación a interpretar. Aun si el significado de la legislación, construido de acuerdo con los principios ordinarios de interpretación, no admite dudas, el artículo 3 puede, no obstante, exigir que se dé a dicha legislación un significado distinto.

De ello se deriva que la obligación interpretativa impuesta por el artículo 3o. tiene una naturaleza que va más allá de lo usual. El artículo 3o. puede llegar a exigir del juez que se aparte de lo que, de no existir dicha obligación, podría considerarse como significado inequívoco de la legislación.

A similar conclusión llega Lord Steyn:

Es necesario establecer lo que el artículo 3o., y en particular la expresión “posible”, no significa. En primer lugar, el artículo 3 (1) se aplica incluso en ausencia de ambigüedad en el lenguaje, en el sentido de susceptible de dos lecturas *posibles*. La expresión «posible» figura en el artículo 3o. con un sentido diferente y mucho más enérgico. En segundo lugar, el artículo 3 (1) impone una obligación más fuerte y radical que aquella consistente en adoptar una interpretación teleológica a la luz del Convenio. En tercer lugar, los redactores de la ley tuvieron ante sí el modelo de la *Bill of Rights Act* neozelandesa, que impone que la interpretación adoptada sea razonable. Y el Parlamento rechazó específicamente el modelo legislativo consistente en exigir una interpretación razonable. Por el contrario [continúa] los redactores recurrieron a la obligación análoga impuesta a los tribunales nacionales por el Derecho Comunitario.

²⁸ Cfr. Butler, A.S., *The Act Human Rights Act: A New Zealander's View* (an edited and shortened copy of remarks made at a seminar to the ACT Law Society on 8 July 2004).

En definitiva, aun en ausencia de ambigüedades (puede también aquí recordarse que el Libro Blanco *Rights Brought Home: The Human Rights Bill*, que acompañó a la ley durante su tramitación, describe la cláusula del artículo 3o. como una regla de interpretación que “va más allá de la regla actual que habilita a los tribunales a tener en cuenta el Convenio a los efectos de resolver cualquier ambigüedad de una disposición legislativa”), la obligación de interpretación conforme puede llegar a imponer, como también explica Lord Millett, lecturas “anormales” (esto es, lecturas que, pese a resultar “extrañas o poco razonables, sean no obstante intelectualmente defendibles”), que no podrían alcanzarse recurriendo a los estándares ordinarios de interpretación.

Existiría en todo caso, en expresión de Lord Steyn, “un Rubicón que los tribunales no pueden cruzar”, que no sería otro que transformar la función judicial en una función legislativa. Y al respecto, resulta convincente el descarte por Lord Rodger of Earlsferry de previsiones del tipo de la recogida por la Constitución de Belice, que, refiriéndose a la legislación preexistente, impone la obligación de interpretarla “con tantas modificaciones, adaptaciones, matizaciones y excepciones como sean necesarias para conformarla con la Constitución”. Según Lord Rodger of Earlsferry, “el lenguaje de tal precepto parece que va más allá que el del artículo 3o. de la HRA 1998, especialmente al establecer que las leyes existentes (en el momento de la entrada en vigor de la Constitución) deben interpretarse con tantas modificaciones, etcétera, «como sean *necesarias*» para conformarlas a la Constitución”.

Retomando el principio comunitario de interpretación conforme (cuya vinculación con la HRA 1998 es a su vez destacada en el contexto del tercer pilar de la Unión Europea por la misma House of Lords en su decisión del 28 de febrero de 2007, en el asunto *Dabas vs. High Court of Justice*, Madrid), debe sostenerse que *impone* una revisión de la metodología hermenéutica interna en la búsqueda de una interpretación conforme. Metodología que, más allá de la homogeneidad que representa dicha imposición, resultará variable en el sentido de que el juez nacional tendrá que optar, en función del caso concreto, por el principio interno de interpretación más adecuado para alcanzar una lectura de su derecho conforme con el derecho comunitario.

De ahí que el límite del *contra legem* al que expresamente se refiere el TJCE a partir del asunto Pupino se encuentre, creo, en lecturas de la legislación nacional no tanto contrarias a las que deriven del texto, o del contexto, o de los trabajos preparatorios (puesto que, según hemos visto, el principio comunitario de interpretación conforme incluye, llegado el caso, el desplazamiento de un principio nacional de interpretación en favor de otro —el que precisamente desemboque en una interpretación “más conforme” con la norma europea—), como ajenas a la metodología misma interpretativa,

transformando al intérprete en legislador. Ese es precisamente el sentido que en mi opinión debe darse a la afirmación del TJCE de que “el principio de interpretación conforme requiere, por tanto, que *el órgano jurisdiccional remitente haga todo lo que esté dentro de sus competencias*, tomando en consideración el conjunto de normas del derecho nacional, para garantizar la plena efectividad de la Directiva” (asunto Pfeiffer). Y ello teniendo en cuenta que el esfuerzo del juez nacional en la búsqueda de una interpretación conforme deberá traducirse en una motivación adecuada al respecto, so riesgo, de lo contrario, no ya de sobrepasar el principio de separación de poderes, sino de incurrir simple y llanamente en arbitrariedad.

La intensidad en dicho esfuerzo interpretativo, por lo demás, tiene sus consecuencias no sólo en la intensidad de la motivación exigible al juez nacional (*i.e.*, a mayor esfuerzo interpretativo, mayor intensidad en la motivación), sino en la conexión del principio de interpretación conforme con otro principio capital que preside las relaciones entre el ordenamiento jurídico europeo y los ordenamientos internos, como es el de seguridad jurídica.

En efecto, en la medida en que mayor sea el esfuerzo interpretativo para la consecución de una interpretación conforme, más se alejará la normativa interna así interpretada de las exigencias que el TJCE deriva del principio de seguridad jurídica, en el sentido de imponer que los particulares estén, de manera real y efectiva, en situación de conocer la plenitud de los derechos que les reconoce el ordenamiento jurídico comunitario, y de prevalecerse de ellos, en su caso, ante los órganos jurisdicciones nacionales. De ahí, por ejemplo, que el TJCE, en asunto Steenhorst-Neerings (1993),²⁹ tras declarar que nada se oponía a que a través de una aplicación judicial constante se evitara una discriminación entre hombres y mujeres en materia de seguridad social *que parecía desprenderse claramente de la letra de una ley nacional* en contra de lo dispuesto por una directiva,³⁰ puntualizara que tal labor judicial permitía “garantizar la plena eficacia [de la directiva en cuestión] *en tanto el Estado miembro no haya adoptado las medidas legislativas para su plena vigencia*”. Así pues, y como adelanté en su momento, se pueden llegar a considerar “anticomunitarias” normas nacionales que, aun siendo susceptibles de una interpretación conforme tras un intenso esfuerzo hermenéutico del juez nacional, también sean susceptibles, al margen de dicho esfuerzo, de una interpretación contraria al derecho comunitario. Con otras palabras, pese a que el Estado juez opte por una inter-

²⁹ Sentencia del 27 de octubre de 1993 (C-338/91).

³⁰ Según el propio órgano jurisdiccional remitente, la disposición de derecho holandés se venía aplicando “tanto a las viudas en situación de incapacidad laboral como a las viudas en situación de incapacidad laboral, *aunque, con arreglo a su tenor*, afecta únicamente a las viudas en situación de incapacidad laboral”.

pretación conforme en el caso concreto (incluso sobre la base de una *aplicación judicial constante*), el *Estado legislador* puede estar incurriendo en incumplimiento mientras no proceda a una modificación formal de la legislación en cuestión a los efectos de satisfacer plenamente las exigencias del principio de seguridad jurídica; exigencias que, además, se refuerzan especialmente en presencia de directivas que tengan por objeto “la atribución de derechos a los nacionales de otros Estados miembros, puesto que dichos nacionales no están normalmente al corriente [de lo previsto en el ordenamiento jurídico de Estados distintos del suyo]”.³¹ En ello insistiría el TJCE en el asunto *Comisión vs. Países Bajos*,³² en el que, tras recordar que las exigencias de la seguridad jurídica se intensificaban “cuando la directiva de que se trata tiene por objeto conferir derechos a los nacionales de los demás Estados miembros”, y, más aún, a una tipología de nacionales tradicionalmente desprotegida, como era el caso de los consumidores, declaró que “una jurisprudencia nacional, aun cuando se la reputa consolidada, que interprete unas disposiciones de derecho interno en un sentido considerado conforme con las exigencias de la directiva, no puede tener la claridad y la precisión necesarias para cumplir la exigencia de la seguridad jurídica”.

Volviendo sobre los límites que el propio TJCE impone a la interpretación conforme, al ya referido rechazo de la interpretación *contra legem* hay que añadir los límites que derivan de otros principios generales del derecho comunitario, como, por ejemplo, el principio de legalidad en materia penal³³ o, en general, sancionadora, que impide interpretaciones extensivas o analógicas que tengan por efecto determinar o agravar la responsabilidad (no entran en juego, en cambio, los antes mencionados límites concernientes a la eficacia directa de las directivas en función de las partes implicadas en el litigio, véase asunto *Kofoed*, ya citado). De ahí que en el asunto *Comisión vs. España*³⁴ el TJCE, tras deducir “que la normativa española no prohíbe todas las actividades infractoras mencionadas en la Directiva y que las disposiciones invocadas por el Gobierno español son insuficientes para garantizar una adaptación correcta y completa del ordenamiento jurídico español a [determinados preceptos] de la Directiva”, declaró que “aunque se interpretara el derecho penal a la luz de la Directiva, no se podrían colmar las lagunas e insuficiencias puestas de manifiesto por la Comisión sin conculcar los principios de legalidad y de seguridad jurídica, que impiden

³¹ *Asunto Comisión vs. Alemania*, 1985, sentencia del 23 de mayo de 1985 (29/84).

³² Sentencia del 10 de mayo de 2001 (C-144/99).

³³ *Cfr. Asunto Kolpinghuis Nijmegen*, 1987, sentencia del 8 de octubre de 1987 (80/86).

³⁴ Sentencia del 7 de enero de 2004 (C-58/02).

castigar comportamientos que no han sido definidos con claridad y calificados expresamente de infracciones por el Código Penal”.

Lo cual conduce a minimizar las consecuencias de la sentencia Pupino (habida cuenta precisamente del ámbito material del tercer pilar, cuya particularidad en cuanto a los efectos de sus instrumentos jurídicos, por cierto, desaparece en el Tratado de Lisboa), que no a obviarlas (pues el principio de interpretación conforme, por ejemplo y como demuestra el propio asunto Pupino, puede desplegar su fuerza ante disposiciones nacionales que no se refieran al alcance de la responsabilidad penal del interesado, sino al desarrollo del procedimiento y a las formas de practicar la prueba, y aún en este contexto, la interpretación conforme debe respetar otros derechos fundamentales que sí extienden su radio de acción sobre las normas procesales, como el derecho a un proceso justo o equitativo).

En cuanto al segundo pilar (política exterior y de seguridad común), baste con advertir las dudas que suscita la extensión al mismo del principio de interpretación conforme (por no hablar de las dudas que subsisten en el tercer pilar mientras no tenga lugar su “comunitarización” con el Tratado de Lisboa, como por ejemplo la extensión de dicho principio a los Estados miembros que no han aceptado la competencia prejudicial del TJCE, o a instrumentos, como las posiciones comunes, excluidos de dicha competencia prejudicial tanto en términos de interpretación como de validez).

A favor de su extensión (en cuanto principio de la Unión Europea; independientemente, pues, de la fuerza que pueda desplegar en cuanto principio que pueda tener su reflejo en los propios sistemas jurídicos nacionales), juega el principio de cooperación leal específicamente previsto en el segundo pilar,³⁵ así como la naturaleza vinculante para los Estados miembros de los instrumentos de intervención de la Unión Europea en dicho ámbito.³⁶ A ello

³⁵ Según dispone el artículo 11.2 TUE, “los Estados miembros apoyarán activamente y sin reservas la política exterior y de seguridad común de la Unión, con espíritu de lealtad y solidaridad mutua”, y “se abstendrán de toda acción contraria a los intereses de la Unión o que pueda perjudicar su eficacia como fuerza de cohesión en las relaciones internacionales”.

³⁶ La obligatoriedad de las acciones comunes y de las posiciones comunes se desprende claramente de la letra del TUE: las primeras, señala el artículo 14.3, “serán vinculantes para los Estados miembros en las posiciones que adopten y en el desarrollo de su acción”; y en cuanto a las posiciones comunes, el Tratado establece en tono imperativo que los Estados miembros “velarán por la conformidad de sus políticas nacionales” con ellas (artículo 15), y las “defenderán” en los foros internacionales (artículo 19.1). Cuestión distinta es la manera de hacer efectivas tales obligaciones en caso de incumplimiento, habida cuenta de la exclusión competencial del TJCE al respecto.

cabría añadir las *pasarelas* con los otros dos pilares,³⁷ en cuyo contexto sería difícil rechazar el principio de interpretación conforme en relación con el derecho de la Unión Europea, considerado en su conjunto y a su vez interpretado de manera congruente y sistemática.

No hay que minusvalorar, sin embargo, argumentos en contra conectados con la naturaleza intergubernamental del segundo pilar. En efecto, por mucho que los tres pilares considerados globalmente representen un paso más en la “unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa”, y que, como declaró el TJCE en Pupino, “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 [de la Unión Europea], consiste en organizar de modo coherente y solidario las relaciones entre los Estados miembros y entre sus pueblos”, el propio TJCE se acaba de referir en otro capital asunto (Kadi, 2008)³⁸ a “la coexistencia de la Unión y la Comunidad como *ordenamientos jurídicos integrados pero distintos*”.

Así las cosas, no hay que olvidar que en el mismo asunto Pupino, el TJCE, además de fundamentar la interpretación conforme en el principio de cooperación leal, respaldó su doctrina en el efecto útil de las decisiones marco (trayendo a colación, *mutas mutandis* y pese a la expresa negación de su eficacia directa, la doctrina respecto de las directivas comunitarias) y de su propia competencia prejudicial. Y ambos respaldos brillan por su ausencia en el terreno del segundo pilar, antes y después de Lisboa (que niega a la Unión Europea la capacidad para adoptar “actos legislativos” en dicho terreno, al tiempo que abre el mismo a la jurisdicción del TJCE en términos muy restrictivos, entre los que no figura la competencia prejudicial).

Finalizaré mi intervención con unas breves reflexiones dedicadas a la divergencia que en ocasiones puede advertirse entre el discurso teórico del TJCE y su aplicación práctica a la hora de imponer el principio de interpretación conforme a los jueces y tribunales nacionales, y a las consecuencias que ello puede acarrear, tanto para la arquitectura judicial europea propiamente dicha, como para las arquitecturas judiciales nacionales.

La premisa de la que debe partirse, según el propio TJCE, se recoge, por ejemplo, en el ya citado asunto Promusicae:

Con respecto al reparto de responsabilidades en el marco del sistema de cooperación instaurado por el artículo 234 CE, es cierto que la interpretación de las normas nacionales es tarea de los órganos jurisdiccionales nacionales y

³⁷ Cfr. artículos 60 y 301 TCE en relación con el pilar comunitario, y artículo 38 TUE en relación con el tercer pilar.

³⁸ Sentencia del 3 de septiembre de 2008 (C402/05 P y C415/05 P).

no del Tribunal de Justicia y que no corresponde a éste, en un procedimiento promovido en virtud del citado artículo, pronunciarse sobre la compatibilidad de normas de Derecho interno con el Derecho comunitario. Sin embargo, el Tribunal de Justicia es competente para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que puedan permitirle apreciar la compatibilidad de las normas de Derecho interno con la normativa comunitaria.

El problema radica en que, en más de una ocasión, el TJCE no sólo parece haber cruzado tal frontera competencial, sino que lo ha hecho, además, de forma confusa, *imponiendo* al juez nacional una determinada interpretación conforme allí donde no parecía existir margen para la misma; con otras palabras, no faltan ejemplos en los que el TJCE ha impuesto al juez nacional una suerte de aplicación directa encubierta (bajo la apariencia de interpretación conforme) de la norma europea.

Así sucedió, precisamente en el asunto *Marleasing*, en el que la cuestión, suscitada por un juzgado español de primera instancia, era si, solicitada por una sociedad (*Marleasing*) la declaración de nulidad del contrato de constitución de otra (*La Comercial*) por falta de causa sobre la base de los artículos 1.261 y 1.275 del Código Civil (en ausencia de previsión por entonces de un régimen de nulidades en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951), que privan de toda eficacia jurídica a los contratos sin causa o con causa ilícita, podía esta última oponer a su vez a tal petición la Primera Directiva de Sociedades, que enumeraba taxativamente los casos en que podía declararse la nulidad de las sociedades (fuera de los cuales “las sociedades no estarán sometidas a ninguna clase de inexistencia, de nulidad absoluta, de nulidad relativa o de anulabilidad”), entre los que no figuraba la “falta de causa”.

Literalmente, el juzgado planteó la cuestión en los siguientes términos: “¿Es directamente aplicable el artículo 11 de la Directiva 68/151/CEE del Consejo, del 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?”.

El TJCE, tras sentar la ya referida doctrina de la interpretación conforme, sentenció imperativamente:

El juez nacional que conoce de un litigio sobre una materia comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 68/151/CEE del Consejo, del 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 (actual 48) del Tratado CEE para proteger los intereses de los socios y terceros, está obligado a interpretar su Derecho nacional a la luz de

la letra y de la finalidad de dicha Directiva, con el fin de impedir la declaración de nulidad de una sociedad anónima por una causa distinta de las enumeradas en su artículo 11.

Tal pronunciamiento, sin mayores explicaciones, implicaba en la práctica la obligación del juzgado de inaplicar, por contraria a la directiva comunitaria, la falta de causa prevista en el Código Civil español como motivo de nulidad del contrato de constitución de La Comercial.

Adviértase que el Código Civil, con sus reglas de derecho común, se aplicaba, por remisión del Código de Comercio, en ausencia de reglas mercantiles, lo que era el caso al carecer la Ley española de Sociedades Anónimas de 1951 de preceptos en materia de nulidades; con otras palabras, se trataba de cotejar la directiva no con una legislación específicamente societaria que previera alguna causa de nulidad no enunciada en aquélla sino con una legislación común (en materia de contratos) que se aplicaba en ausencia de reglas especiales (en materia de constitución de sociedades).

De hecho, el abogado general, asumiendo que la doctrina mayoritaria venía sosteniendo en España la aplicación “por analogía” de las disposiciones relativas a la nulidad de los contratos, se preguntó “hasta qué punto las causas de nulidad del derecho común pueden aplicarse por analogía a las sociedades anónimas”, Y opinó al respecto que “el requisito de una interpretación conforme con la Directiva se opone a que se apliquen las normas de Derecho común relativas a la nulidad de las sociedades anónimas y que se pueda declarar la nulidad de tal sociedad por otras causas de las enumeradas taxativamente en el artículo 11 de la Primera Directiva”.

Sin profundizar en lo discutible de tal aproximación (pues una cosa es la aplicación por analogía y otra bien distinta la aplicación supletoria por expresa remisión legal), debe destacarse que el abogado general se planteó la cuestión de la contradicción entre la Directiva y el derecho español en términos, en su opinión, interpretativamente salvables, consistentes en última instancia en hacer abstracción de la, también en su opinión, regla hermenéutica de la analogía.

Cierto es que el abogado general pudo abordar la cuestión desde la perspectiva de la aplicación analógica de la mano del profesor Garrigues, en concreto de su *Curso de derecho mercantil* manejado por la Comisión en sus observaciones, en el que nuestro ilustre jurista incurre en contradicción al mezclar analogía con remisión. Pero no lo es menos que el propio abogado general tenía que haber advertido que estaba en presencia de ésta y no de aquélla, pues apoyó su argumentación a pie de página en la lectura, textualmente, “del artículo 50 del Código de Comercio español, en el que se establece que los contratos mercantiles —según el artículo 116 del mismo Código una com-

pañía mercantil es un contrato mercantil—, salvo normas especiales que dispongan otra cosa, se regirán por las reglas generales de derecho común” (lo que nos situaría en el marco no de la analogía sino de una remisión al derecho común, pudiéndose si acaso plantear, ubicados ya en éste, la posible presencia, siguiendo a Larenz,³⁹ de una laguna oculta posterior a colmar por la vía de la reducción teleológica —la regla contenida en la ley y formulada demasiado ampliamente debe ser reconducida al campo de aplicación que le corresponde conforme al fin o conexión de sentido de la ley a la luz del desarrollo técnico o económico—).

Sea como fuere, el caso es que el razonamiento finalmente seguido por el abogado general brilla por su ausencia en el pronunciamiento del TJCE que, limitándose —en un asunto de suma trascendencia por lo que de doctrina general traía consigo— a remitir al informe para la vista para una más amplia exposición de los hechos del litigio principal, del desarrollo del procedimiento y de las observaciones escritas ante él presentadas, y silenciando las reflexiones llevadas a cabo por el abogado general, procedió primero, en su fundamentación, a reconvertir —sin mayores explicaciones— en términos interpretativos la cuestión planteada por el juzgado en términos aplicativos, y pronunció un fallo que no sólo la doctrina, sino también miembros del propio TJCE, han entendido en términos de, en mayor o menor medida, eficacia aplicativa, que vendría a relativizar la negación de ésta, tratándose de directivas, en el terreno de las relaciones *inter privatos*.

Este ejemplo sirve para mostrar cómo el TJCE (incluidos abogados generales) debe moverse con extrema prudencia a la hora, retomando sus palabras, de “proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación relacionados con el derecho comunitario que puedan permitirle apreciar la compatibilidad de las normas de derecho interno con la normativa comunitaria”. Extrema prudencia, por un lado, a la hora de analizar las posibilidades interpretativas que ofrece el derecho nacional, puesto que dicha labor excede de sus competencias (a lo que debe añadirse, en términos puramente prácticos, que carece probablemente de todos los elementos de juicio nacionales, de hecho y de derecho, para descender al terreno del caso concreto). Y extrema prudencia, también y por otro lado, a la hora de elaborar su fallo, explicando debidamente al juez nacional la frontera entre la interpretación conforme y la aplicación directa, así como las posibilidades de cruzar la misma que ofrecería, o dejaría de ofrecer, el propio derecho europeo.

³⁹ Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción de Gimbernat Ordeig, Barcelona, Ariel, 1966, p. 292 y ss.

Solo así se evitarán pronunciamientos que parecen imponer interpretaciones conformes allí donde no parecen posibles, lo cual, además de constituir, como se ha dicho, un exceso competencial del TJCE al proceder a interpretar el derecho nacional, introduce confusión en su propia doctrina, sobre todo en la concerniente a aquellas normas jurídicas europeas cuya eficacia directa resulta limitada (directivas) o expresamente negada por el Tratado (decisiones marco). Y se evitarán también, desde una perspectiva de arquitectura judicial, problemas tanto en el estricto plano europeo (con un TJCE cada vez más sobrecargado de asuntos con la adhesión de nuevos Estados miembros, y la proliferación de nuevos instrumentos europeos en el marco de un espacio de libertad, seguridad y justicia cuya apertura total a la vía prejudicial prevé el Tratado de Lisboa), como en el plano nacional (con posibles recelos no sólo hacia excesos competenciales del TJCE, sino hacia actitudes de jueces y tribunales inferiores de los Estados miembros tendentes a alimentar tales excesos, forzando el desplazamiento en favor de Luxemburgo, vía prejudicial, del protagonismo que a las respectivas más altas jurisdicciones nacionales corresponde desempeñar en cuanto intérpretes supremos del propio derecho interno).

Un ejemplo de que todavía hay camino por recorrer lo constituye el asunto Pupino, tan capital en materia de interpretación conforme como en su momento lo fuera Marleasing, y en el que también se advierte la confusión que pueden generar las incursiones del TJCE en el análisis dirigido a determinar si efectivamente el derecho interno permite o no una interpretación conforme con el derecho europeo; determinación que, se reitera, corresponde en exclusiva al juez remitente, y que en Pupino pareció claramente desembocar en un descarte por el juez de instrucción del Tribunal de Florencia de la posibilidad de proceder a tal interpretación conforme (así lo entendió nítidamente el gobierno francés, véase fundamento jurídico 24).

Particularmente llamativo resulta el Acuerdo 40 de las Conclusiones de la abogada general, en el que se apoya expresamente el TJCE y en el que se recuerda que “el propio gobierno italiano indica una posible base jurídica que permitiría dispensar una protección especial en la vista pública a los testigos menores de edad”, lo que no implica ni mucho menos, como sostuvo la abogada general, posibilidad de recurrir al incidente probatorio consistente en prestar declaración fuera de la audiencia pública y antes de ésta, sino posibilidad de recurrir a otras vías abiertas al margen de dicho incidente probatorio, recordadas por la *Corte Costituzionale* en su sentencia del 6 de diciembre de 2002, núm. 529. Sentencia ésta, por cierto, que dictada en el marco de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el mismo órgano remitente de la cuestión prejudicial en Pupino, dejó bien clara la imposibilidad de aplicar el referido incidente probatorio, con relación a las

víctimas menores de edad, *al margen de delitos sexuales*, y así pareció asumirlo el juez remitente, según se desprende de las conclusiones en el asunto:

el juez considera que, en virtud de las disposiciones del Derecho procesal italiano [...] el incidente probatorio [...] es un mecanismo procesal absolutamente excepcional que no puede aplicarse más que en los casos expresamente previstos por la ley [...] opina [el juez remitente] que la limitación en la aplicación del procedimiento del incidente probatorio que lleva a cabo la normativa italiana *vulnera* la Decisión marco por lo que sorprende que el abogado general estimara en el referido Cdo. 40, sin mayores explicaciones, que “la resolución de remisión presenta contradicciones al respecto”.

En fin, no deja de ser igualmente confusa la manera en que está redactado tanto el fallo:

los artículos 2o., 3o. y 8o., apartado 4, de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, deben interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que, como en el asunto principal, alegan haber sido víctimas de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta

como la conclusión de la abogado general

procede interpretar los artículos 2o., apartado 2, 3 y 8, apartado 4, de la Decisión marco 2001/220/JAI en el sentido de que, dependiendo de las circunstancias del caso concreto, pueden generar la obligación, a cargo de los órganos jurisdiccionales nacionales, de tramitar un procedimiento de incidente probatorio, adecuado a los menores de edad, siempre y cuando este procedimiento sea compatible con los principios fundamentales del correspondiente ordenamiento jurídico, incluidos los derechos fundamentales de la Unión.

Y es que ambos pronunciamientos, pese a reiterar la fórmula clásica de la interpretación conforme (declarando el abogado general que “las decisiones marco obligan a los órganos jurisdiccionales nacionales a interpretar el derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la decisión marco, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la decisión marco, para alcanzar el resultado perseguido por ésta”), parecen imponer el recurso al incidente probatorio (consistente en prestar declaración fuera de la audiencia pública y antes de ésta), sobrepasando así la doc-

trina general expresamente puntualizada en el mismo asunto por el TJCE (en el sentido de que “el principio de interpretación conforme no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional”); pues una cosa es enfatizar en la búsqueda de vías procesales que permitan una protección especial para la víctima, y otra muy distinta insistir, aunque sea a título de ejemplo, en una vía procesal específica, excluida por el derecho interno (según apreciación del propio órgano jurisdiccional remitente).⁴⁰

⁴⁰ La juez de instrucción de Florencia que planteó la cuestión prejudicial decidió finalmente, basándose en la decisión marco, admitir el incidente probatorio (extendiendo así su aplicación a víctimas menores de edad *al margen de delitos sexuales*). Posteriormente, haría lo mismo en relación con un enfermo mental *mayor de edad*, víctima de un delito sexual. *Cfr.* Consiglio Superiore Della Magistratura. Incontro di studio sul tema “Il ruolo del GIP [giudice per le indagini preliminari] e l’udienza preliminare” (Roma 11-13 de dicembre de 2006).