

SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONFORME AL DERECHO DE LA UE CON EFECTOS *IN MALAM PARTEM*

ON CONSISTENT INTREPRETATION OF EU LAW WITH *IN MALAM PARTEM* CONSEQUENCES

Alessandro Bernardi*
Universidad De Ferrara

RESUMEN: En los últimos años, el debate sobre los límites de la adaptación hermenéutica de las leyes penales nacionales para cumplir con el derecho de la UE se ha vuelto cada vez más acalorado. En este trabajo, trataré de trazar la historia de la interpretación conforme *in malam partem*, tal como ha evolucionado en la jurisprudencia italiana, en las posiciones del Tribunal de Justicia y en las disputas doctrinales. Trataré asimismo de argumentar sobre los posibles —y, como veremos, discutibles— espacios reservados para los efectos desfavorables derivados de este tipo de interpretación.

PALABRAS CLAVE: Interpretación conforme; *in malam partem*; derecho penal.

ABSTRACT: In recent years, the debate on the limits of the hermeneutic adaptation of national criminal laws to comply with EU law has become increasingly heated. In this paper, I will try to trace the history of *in malam partem* consistent interpretation as it has evolved in Italian case law, in the legal doctrine of the Court of Justice and in academic work. I will also try to argue about the possible —and, as we shall see, debatable— room reserved for the unfavorable effects deriving from this type of interpretation.

* Professore Onorario. Università Degli Studi di Ferrara. Correo-e: alessandro.bernardi@unife.it. ORCID ID: 0000-0002-9800-9083.

KEYWORDS: Consistent interpretation; *in malam partem*; criminal law.

SUMARIO: 1. LA INTERPRETACIÓN CONFORME AL DERECHO DE LA UE: UN CRITERIO HERMENÉUTICO SOMETIDO A MIL TENSIONES.—2. EL TRADICIONAL RECURSO DE LOS JUECES A INTERPRETAR CONFORME A LA LEY TANTO *IN BONAM* COMO *IN MALAM PARTEM*.—3. LOS EXCESOS JURISPRUDENCIALES DE LA INTERPRETACIÓN *IN MALAM PARTEM* POR RAZONES DE “LEALTAD COMUNITARIA”: EL DESLIZAMIENTO HACIA LA ANALOGÍA.—4. BREVE DIGRESIÓN SOBRE LA CAPACIDAD DE LAS NORMAS DE LA UE PARA CONFIGURAR LOS ELEMENTOS NORMATIVOS DEL DERECHO PENAL CON EFECTOS *IN MALAM PARTEM*.—5. LOS LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN *IN MALAM PARTEM* DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA: LA EXCLUSIÓN DE TAL SOLUCIÓN HERMENÉUTICA RESPECTO A LAS NORMAS DE LA UE QUE NO SON AUTOEJECUTABLES.—6. MÁS SOBRE LA INADMISIBILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN *IN MALAM PARTEM* RESPECTO A LAS NORMAS DE LA UE CARENTES DE EFECTO DIRECTO.—7. FLUCTUACIONES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA LEGITIMIDAD RELATIVA A LA ADMISIBILIDAD DE LAS FORMAS DE INCIDENCIA *IN MALAM PARTEM* DEL DERECHO PENAL DE LA UE.—8. ENTRE EL PROTECCIONISMO, EL NACIONALISMO Y EL EUROPEÍSMO: LAS DIFERENTES POSICIONES DOCTRINALES SOBRE LA LICITUD DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL DE MALA FE.—9. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA DE LA INTERPRETACIÓN CONFORME AL DERECHO DE LA UE CON EFECTOS DESFAVORABLES.—10. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA ADMISIBILIDAD GENERAL DE LA INTERPRETACIÓN *IN MALAM PARTEM* DEL DERECHO DE LA UE.—11. ARGUMENTOS EN APOYO DE LA NECESIDAD DE PERMITIR LA INTERPRETACIÓN CONFORME *IN MALAM PARTEM* ÚNICAMENTE CON RESPECTO A LAS NORMAS DE LA UE AUTOEJECUTABLES.—OBSERVACIONES FINALES.

1. LA INTERPRETACIÓN CONFORME AL DERECHO DE LA UE: UN CRITERIO HERMENÉUTICO SOMETIDO A MIL TENSIONES

En el actual período de resurgimiento del “patriotismo constitucional” o, simplemente, del soberanismo *tout court* destinado a frenar el crecimiento de la Unión Europea y del Consejo de Europa, los estudiosos de la europeización del derecho penal corren el riesgo de parecerse cada vez más a los glaciólogos, que en esta época de *calentamiento global* están obligados a asistir al progresivo y drástico retroceso de los glaciares e incluso a temer que el objeto de su ciencia desaparezca por completo¹. De hecho, es posible detectar ciertas formas de reducción del impacto del derecho europeo en el derecho penal.

¹ Vease A. Bernardi, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, Nápoles, 2019; A. Bernardi, Las formas de “resistencia nacionalista” a las sentencias del TJUE. Soberanía versus efectividad judicial, en Ugartemendia e Eceizabarrena I, Saiz Arnaiz A., *¿Está en peligro el Estado de Derecho en la Unión Europea?*, Oñati, 2021.

Este “cambio climático” se está manifestando de diversas maneras, pero muy especialmente en la que será objeto de este estudio: el canon de interpretación conforme al Derecho de la UE².

Al menos en relación con las leyes penales nacionales, hay claros intentos de limitar el alcance de este canon, no solo circunscribiendo, sino incluso eliminando sus posibles efectos *in malam partem*. Estos efectos no radican solo en limitar la interpretación extensiva del ámbito de aplicación de una infracción penal, sino también en limitar o excluir la operatividad de una causa de justificación o cualquier otra causa extintiva de la punibilidad. Incluso podrían mencionarse aquellos supuestos en los que la interpretación conforme recorta la discrecionalidad del juez en la determinación de la pena, constriéndole a que aplique el nivel máximo previsto.³

Como sabemos, el canon de la interpretación conforme está relacionado con la interpretación sistemática, que expresa las interacciones entre las distintas normas del ordenamiento jurídico⁴. No obstante, mientras que en la interpretación sistemática el contenido de la disposición a interpretar se aclara a través de la lectura de una o varias normas que no están jerárquicamente supeditadas a ella, en la interpretación conforme las normas designadas para centrarse en el contenido de dicha disposición se sitúan en una posición de primacía. De ello se desprende que el “verdadero sentido” de una disposición, el que condiciona su funcionamiento dentro del sistema, deriva en primer lugar de la necesidad de ponerla en armonía con normas superiores. De este modo, la interpretación conforme, en que el contenido de la disposición está más estrictamente condicionado por las normas de rango superior, se diferencia de los casos de interpretación sistemática con normas iguales o incluso inferiores. Todo ello sin excluir por completo la posibilidad de que las normas jerárquicamente superiores puedan en ocasiones ser iluminadas también por la letra de normas de rango inferior, en virtud de esa “circularidad” de la actividad interpretativa que permite que esta opere también de abajo hacia arriba.⁵

² De la interpretación conforme al Derecho de la Unión me he ocupado ya, con carácter general, en obras anteriores véase A. Bernardi, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione Europea. Brevi osservazioni di un penalista*, en *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 2013, p. 230 ss.; ID., *Presentazione. Nei meandri dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, en *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di A. Bernardi, Nápoles, 2015, p. VII ss.

³ Sin embargo, sobre este punto, véanse los comentarios realizados *más adelante* en el apartado 3, puntos 40 y 41. 40 e 41.

⁴ Véase A. Bernardi, *Presentación. Nei meandri dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, cit. p. VIII y ss.

⁵ La circularidad de las vías hermenéuticas emerge en toda su evidencia en las conocidas aunque debatidas formas de interpretación de la Constitución “conforme” a la ley (sobre las que véase, entre otros, R. Bin, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, en *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Nápoles, 2010, par. 8., p. 15 del resumen; G. Zagrebelsky, *Appunti in tema di*

No es casualidad, por otra parte, que el canon de interpretación conforme haya surgido en el ámbito del derecho internacional (para sancionar, de acuerdo con la concepción monista de Kelsen, la obligación de adaptar la legislación interna a los tratados internacionales no ratificados) para extenderse posteriormente al derecho constitucional con el advenimiento de las leyes fundamentales nacionales en posición de absoluta primacía sobre el resto de las normas internas. Sólo más recientemente, con la aparición de las organizaciones supranacionales, han proliferado las interpretaciones conformes “regionales”, como la interpretación conforme a los instrumentos del Consejo de Europa (y, en particular, del CEDH) y la interpretación conforme al Derecho comunitario, que posteriormente se convirtió en Derecho de la UE⁶. En esencia, el canon de la interpretación conforme se afirma siempre que existe un sistema de normas ordenado jerárquicamente en el que las normas inferiores están llamadas a ajustarse a las superiores. Con el fin de no generar problemas difícilmente superables, este vínculo jerárquico debe situarse en el interior de un único sistema estratificado de normas, donde las relaciones jerárquicas entre las normas deben establecerse con la máxima claridad.

Este último requisito no se produce sin embargo en Europa, donde coexisten sistemas normativos nacionales y supranacionales en los que las respectivas relaciones jerárquicas, y a veces incluso los respectivos ámbitos de actuación carecen de esta claridad y se cuestionan constantemente. Baste pensar, por lo que respecta a las cuestiones jerárquicas, en las controvertidas relaciones entre el CEDH y la CDFUE⁷; o, por lo que respecta a las relaciones entre el Derecho nacional y el de la UE, en las incertidumbres —más evidentes hoy que nunca— sobre el catálogo de contralímites y los órganos jurisdic-

interpretazione e di interpreti della Costituzione, en *Giur. cost.*, 1970, p. 913 y ss.) o “de acuerdo” con el CEDH (al respecto O. Pollicino, *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti*. Milán, 2010, Parte II, Capítulo III, Sección I). Como surge en la interpretación del CEDH y del Derecho de la UE “en conformidad” con las legislaciones nacionales (basta pensar en los ya mencionados principios generales de derecho no escrito derivados por el Tribunal de Justicia de “las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros” (art. 6.3 TUE), es decir, de tradiciones arraigadas en textos normativos —las Constituciones nacionales— que el Tribunal de Justicia considera subordinados al Derecho de la UE).

⁶ Cf. R. Sicurella, *Criminal Law and EU Competences. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali*, Milán, 2020, cap. I, par. 2. Con referencias precisas a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la autora recuerda que la restricción de la interpretación conforme se estableció con referencia primero a las directivas no transpuestas, luego a las normas de los Tratados y finalmente a todo el Derecho de la UE.

⁷ Dado que la primacía que actualmente reconocen algunos Estados (entre ellos Italia) al Derecho de la UE sobre el Derecho del CEDH parece quedar desmentida por el art. 52.3 CDFUE, que parece sugerir, por el contrario, la subordinación del CEDH a la citada Carta de Derechos Fundamentales. Véase, a este respecto, A. Ruggieri, *L'interpretazione conforme e la ricerca del “sistema di sistemi” come problema, en L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e límites de una restricción problemática*, cit., p. 151 y ss.

cionales destinados a tener la última palabra. En cuanto a las controversias sobre el ámbito de aplicación de estos sistemas, basta pensar en las recientes sentencias de algunos tribunales constitucionales que han opuesto a ciertas sentencias del Tribunal de Justicia el contralímite de *ultra vires*⁸; o en las controversias sobre la existencia o no de una competencia directa de la Unión Europea en materia de derecho penal.

Estos ejemplos muestran cómo las incertidumbres y las disputas están destinadas a ser especialmente agudas en el derecho penal, al tratarse de un ámbito del sistema jurídico en el que continúa arraigada una concepción autárquica de la soberanía. Por este motivo, es aquí donde resultan más evidentes los contrastes relativos a las relaciones jerárquicas entre las normas de los sistemas nacionales y las expresadas por las organizaciones regionales, en particular la Unión Europea. Esta circunstancia es especialmente visible en aquellos casos en los que el impacto del derecho de la UE en el derecho penal implica no la reducción de las áreas de intervención del derecho penal⁹ o la atenuación de la respuesta punitiva, sino por el contrario la expansión de estas áreas o el aumento de la mencionada respuesta.

Es este precisamente el caso de la tan discutida interpretación *in malam partem* de conformidad con el derecho de la UE. En los últimos años, el debate sobre los límites de la adaptación hermenéutica de las leyes penales nacionales para cumplir con el derecho de la UE se ha vuelto cada vez más acalorado. En lo que sigue, trataré de trazar la historia de esta forma de interpretación conforme, tal como ha evolucionado en la jurisprudencia italiana, en las posiciones del Tribunal de Justicia y en las disputas doctrinales. Posteriormente, trataré de argumentar sobre los posibles —y, como veremos, discutibles— espacios reservados para los efectos desfavorables derivados de este tipo de interpretación.

2. EL TRADICIONAL RECURSO DE LOS JUECES A INTERPRETAR CONFORME A LA LEY TANTO *IN BONAM* COMO *IN MALAM PARTEM*

Es bien sabido que, tras haber establecido los principios de efecto directo¹⁰ y de primacía¹¹, el Tribunal de Justicia no tardó en señalar la obligación

⁸ Véanse, en particular, Tribunal Constitucional checo, 31 de enero de 2012, Pl. Ús 5/12; *Bundesverfassungsgericht*, sentencia 5 de mayo de 2020, *Weiss*; Tribunal Constitucional polaco, sentencia 14 de julio de 2021, P 7/20.

⁹ Como en el caso emblemático de la inaplicación de las disposiciones de derecho penal que entran en conflicto con las normas de la UE; una inaplicación que se ha aceptado casi siempre, es decir, incluso antes de que se atribuyeran a la Unión Europea las primeras formas embrionarias de jurisdicción penal.

¹⁰ Tribunal de Justicia, sentencia de 5 de febrero de 1963, asunto 24/62, *van Gend & Loos*.

¹¹ Tribunal de Justicia, sentencia de 15 de julio de 1964, asunto C 6/64, *Costa contra Enel*.

de interpretar el derecho nacional de conformidad con el derecho comunitario¹²; obligación, por otra parte, admitida sin dificultad por los propios Tribunales Constitucionales¹³.

A raíz de esta jurisprudencia, la mayoría de los jueces de los Estados miembros han adquirido progresivamente la costumbre de recurrir plenamente a la interpretación conforme al Derecho comunitario, “leyendo” las normas nacionales de manera que se ajusten en la medida de lo posible a las fuentes jurídicas provenientes de Bruselas. Este ha sido también el caso del derecho penal, que, con frecuencia, se ha interpretado *in bonam partem* para evitar que entre en conflicto con el derecho europeo y tenga que ser, al menos en parte, inaplicado¹⁴; pero que en otras ocasiones también se ha

¹² Véanse, por ejemplo, la sentencia de 4 de febrero de 1988, asunto 157/86, *Murphy*; la sentencia de 13 de febrero de 1990, asunto 106/89, *Marleasing*; la sentencia de 16 de diciembre de 1993, asunto C-334/92, *Wagner Miret*; la sentencia de 14 de julio de 1994, asunto 91/92, *Faccini Dori/Recreb*; la sentencia de 12 de septiembre de 1996, asunto 168/95, *Arcaro*; la sentencia de 12 de diciembre de 1996, asuntos acumulados 74/95 y 129/95, *Proceso penal contra X*.

¹³ Véase, por lo que respecta únicamente a Italia, Tribunal Constitucional, sentencias n° 176 y 177 de 26 de octubre de 1981, en *Giur. cost.*, 1981, p. 1543; sentencia n° 170 de 8 de junio de 1984, en *Giur. cost.*, 1984, p. 1098.

¹⁴ Cabe señalar que la interpretación penal “comunitaria” en *bonam partem* se produce, esencialmente, cuando la necesidad de adecuar el derecho nacional al derecho de la UE conlleva una interpretación restrictiva de ciertos elementos del delito (lo que afecta incluso a “los términos del lenguaje común que son susceptibles de ‘recepción transformadora’ según el nuevo contexto cultural-normativo en el que se inscriben: D. Pulitanò, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milán, 1976, p. 228), o supone una interpretación extensiva —obviamente, dentro de los límites que permite el principio de legalidad— del ámbito de aplicación de una norma eximente o de una causa de exclusión de la punibilidad. Por otra parte, en cierto modo parece posible hablar de una interpretación conforme *in bonam partem* también cuando la mencionada necesidad de adecuar el derecho nacional al derecho de la UE implica una aplicación “selectiva” de las penas aplicables dentro de la gama de las penas previstas por los distintos delitos. En efecto, el Tribunal de Justicia ha declarado en repetidas ocasiones que las penas (o algunas de las penas) utilizadas por el Estado para castigar a los autores de determinadas infracciones deben considerarse contrarias al Derecho “europeo”, en la medida en que son excesivas habida cuenta de la naturaleza de la infracción, del comportamiento del autor y de cualquier otro indicio de la gravedad del hecho. De ello se desprende que, si toda la gama de penas previstas por un delito entra en conflicto con el Derecho de la UE, la norma en cuestión debe ser inaplicada, mientras que si solo la parte de la pena que se acerca a la pena máxima entra en conflicto con el Derecho de la UE, el juez debe imponer la pena dentro de los límites de la parte de la gama que no entra en conflicto con el Derecho de la UE. Sobre este punto, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1977, asunto 8/77 *Sagulo, Rec. 1977, p. 1507.*, 1977, p. 1507. Según esta sentencia, “cuando un Estado miembro no ha adaptado su legislación a las exigencias del Derecho comunitario en la materia, el órgano jurisdiccional nacional debe hacer uso de la libertad de apreciación que se le confiere para llegar a la aplicación de una sanción adecuada a la naturaleza y a la finalidad de las normas comunitarias cuya infracción se pretende sancionar”. (Sobre este tema véase, si se desea, A. Bernardi, *L'uropeizzazione del diritto e della*

interpretado *in malam partem*¹⁵, con el fin de garantizar el cumplimiento de normas europeas que, de otro modo, carecerían de protección adecuada¹⁶.

Esta interpretación *in malam partem* fue especialmente frecuente en Italia, dado que en el sistema penal italiano —a diferencia de lo que ocurre en los países de la UE que solo admiten la interpretación restrictiva del derecho penal¹⁷— la interpretación extensiva de los delitos era (y sigue siendo) admitida por casi toda la doctrina. De hecho, como sabemos, en Italia, solo una pequeña pero autorizada minoría de autores —que son especialmente sensibles al principio de *extrema ratio* y a sus diversas implicaciones en la práctica aplicativa— se declararon (y se siguen declarando) contrarios a la expansión de la normativa incriminatoria a través de la hermenéutica¹⁸. En cualquier caso, en lo que respecta específicamente a la interpretación “conforme” de

scienza penale, Turín, 2004, par. 6; ampliado por Id., “*Principi di diritto*” e *diritto penale europeo*, cit., p. 197 y ss). Sin embargo, esta labor jurisprudencial de adaptación al Derecho de la UE de las penas aplicables a determinados delitos parece constituir más correctamente la expresión no de una actividad interpretativa en sentido propio, sino de una actividad conmensurada consistente en la inaplicación parcial del marco penal prevista en el tipo.

¹⁵ De forma simétrica a lo dicho en la nota anterior —y para completar lo observado *anteriormente*, debe repetirse que la “interpretación conforme” *in malam partem* se traduce esencialmente en la interpretación extensiva de determinados elementos del caso o en la interpretación restrictiva de una causa de extinción de la pena. Del mismo modo, podría parecer posible hablar de una interpretación conforme *in malam partem* incluso cuando la necesidad de adecuar el derecho penal nacional al derecho de la UE obliga al juez a castigar las violaciones del derecho de la UE aplicando la pena siempre y en todo caso cerca de la pena máxima, para garantizar, mediante estos casos, esa respuesta sancionadora “efectiva, proporcionada y disuasoria” que exige el “principio de cooperación leal” consagrado en los Tratados (véase Tribunal de Justicia, sentencia de 21 de septiembre de 1989, asunto C-68/88, *Comisión contra Grecia*). La posibilidad de una comprensión “al alza” de la discrecionalidad judicial es evocada específicamente por el Tribunal de Justicia, por ejemplo, en las sentencias de 10 de abril de 1984, asunto 14/83, *von Colson y Kaman*, y asunto 76/83, *Harz*. Sin embargo, también en este caso, esta adaptación al Derecho de la UE de las penas aplicables por el juez a determinados delitos parece constituir más correctamente la expresión no de una actividad interpretativa en sentido propio, sino de una actividad conmensurada consistente en la inaplicación parcial de los marcos penales previstos en el tipo penal.

¹⁶ Véase el artículo 4.3.2 del TUE, según el cual “los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión”. Véase también, de forma similar, los artículos 86 Tr. CECA y 192 Tr. Euratom.

¹⁷ Véase, por ejemplo, el artículo 111-4 del Código Penal francés.

¹⁸ Véase E. Florian, *Parte generale del diritto penale*, Milán, 1934, I, p. 191; R. Quadri, *Applicazione della legge in generale. Disposizioni sulla legge in generale*, artt. 10-15, Bolonia, 1974, p. 297 ss; así como, sobre todo, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale*, Bolonia, 2004, pp. 113 ss; aunque con acentos más matizados, G. Fiandaca, Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria, en *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, editado por A.M. Stile, Nápoles, 1991, p. 75 ss.

la ley penal con efectos *in malam partem*, esta no se vio ciertamente obstaculizada por la jurisprudencia del TJUE, de la que se desprende desde hace tiempo la obligación de interpretación conforme en el ámbito penal, incluso cuando conlleva efectos desfavorables para el delincuente¹⁹. Así las cosas, los jueces italianos no dudaron en general, en un primer momento, en utilizar la interpretación penal conforme *in malam partem*, tanto más cuanto que dos razones militaban a favor de la conveniencia de tal opción hermenéutica, a la que generalmente se mostraron sensibles.

La primera de estas razones era la necesidad de proteger los bienes jurídicos creados por las fuentes de la UE. En este sentido, es conocida la tendencia de los jueces a adoptar una posición de garantía hacia los bienes/intereses —no importa si son nacionales o supranacionales— considerados dignos de protección y, por tanto, a hacer todo lo posible para garantizar, gracias a la interpretación *in malam partem* de las normas incriminatorias, una represión eficaz de las conductas perjudiciales para estos bienes/intereses.

La segunda razón era la necesidad de evitar —en particular, precisamente mediante la ampliación del ámbito de aplicación de determinadas infracciones penales por vía interpretativa, o el aumento de la pena efectivamente aplicada (siempre dentro de los límites del poder discrecional del juez)— que el Estado incurriera en una condena del TJUE por incumplimiento de su obligación de garantizar, mediante el recurso al Derecho penal y la disuasión de sus penas, la eficacia del Derecho comunitario²⁰.

3. LOS EXCESOS JURISPRUDENCIALES DE LA INTERPRETACIÓN *IN MALAM PARTEM* POR RAZONES DE “LEALTAD COMUNITARIA”: EL DESLIZAMIENTO HACIA LA ANALOGÍA

Como acaba de indicarse, la mayoría de los jueces italianos pronto empezaron a “leer” los casos incriminatorios de forma que permitieran ser aplicados a la protección de intereses/bienes europeos. Esta práctica no solo se ajustaba al principio de primacía de las fuentes (entonces) comunitarias sobre el

¹⁹ Véase, en particular, la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 1990, asuntos acumulados C-206/88 y C-207/88, *Vessoso y Zanetti*.

²⁰ Cabe destacar, una vez más, que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los Estados miembros deben “adoptar todas las medidas adecuadas para garantizar el alcance y la eficacia del Derecho comunitario”. Para ello, manteniendo la posibilidad de elección de las sanciones, deben garantizar, en particular, que las infracciones del Derecho comunitario se sancionen, tanto en el plano material como en el procesal, en términos similares a los previstos para las infracciones del Derecho nacional de naturaleza e importancia similares y que, en cualquier caso, hagan que la sanción sea efectiva, proporcionada y disuasoria. (Véase, de nuevo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, asunto C-68/88, *Comisión/Grecia*, ya citada, apartados 23 y 24).

derecho interno y a la obligación de respetar el derecho “europeo”²¹, sino que también constituía una suerte de compensación impropia a la lentitud crónica del legislador italiano en la aprobación de normas penales específicamente destinadas a ejecutar adecuadamente las obligaciones sancionadoras que se desprendían de la normativa adoptada en Bruselas²².

A este respecto, cabe recordar que los procedimientos de adaptación del derecho interno a la legislación europea se caracterizaban a menudo por su duración bíblica²³, sobre todo antes de la llamada “Ley La Pergola”, de 9 de marzo de 1989, nº 86, que estableció el “derecho comunitario anual” destinada precisamente a remediar el incumplimiento de Italia de sus obligaciones en el marco de la CEE (ahora UE). Esta situación (ciertamente mejorada, pero no completamente resuelta por la adopción cíclica de leyes comunitarias anuales) planteaba un incómodo dilema al juez penal: O bien reconocía la imposibilidad de sancionar adecuadamente las violaciones de las normas adoptadas en Bruselas, poniendo de manifiesto la incapacidad del Estado para garantizar la eficacia de los preceptos “europeos”²⁴; o bien se esforzaban por ofrecer una adecuada protección sancionadora a las normas europeas ampliando el ámbito de aplicación de algunas de las infracciones penales de nuestro ordenamiento (o adoptando esos otros expedientes hermenéuticos antes mencionados)²⁵. En esta tesitura, es fácil apreciar, cómo la búsqueda del juez de una disposición penal adecuada podría dar lugar no solo a la interpretación extensiva de esta, sino también a formas más o menos ocultas de interpretación analógica y “aditiva”²⁶ que no están permitidas por el principio de legalidad.

Todo ello acaecía en un período histórico de crisis del principio de legalidad penal como consecuencia de la multiplicación de nuevas manifestacio-

²¹ En efecto, de la presunción de conformidad del derecho interno con el derecho comunitario se desprende que “entre las posibles interpretaciones del texto normativo elaborado por los órganos nacionales, debe elegirse la que se ajuste a las disposiciones de la Comunidad y, por tanto, a las disposiciones constitucionales” (es decir, al art. 11 de la Constitución, que garantiza la observancia de los tratados comunitarios y del derecho derivado de ellos): Tribunal Constitucional, Sentencia nº 170 de 8 de junio de 1984, ya citada.

²² Sobre las causas de esta lentitud véase A. Bernardi, *Profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentare*, en *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze giuridiche*, vol. XI, Ferrara, 1997, p. 146 y ss.

²³ Es cierto que ha habido periodos en los que las disposiciones comunitarias no han seguido el ritmo anual establecido; pero no cabe duda de que la institución de la ley comunitaria anual ha resultado ser un instrumento fundamental no solo para perfeccionar sino también para agilizar los procedimientos de transposición de la legislación europea a la nacional.

²⁴ Véanse ahora los artículos 258 y 260 del TFUE.

²⁵ Véase, *supra*, el apartado 3, *in fine* y el apartado 5, números 41 y 46.

²⁶ Sobre el concepto de “interpretación aditiva” véase G. Contento, *Interpretazione estensiva e analogia*, en *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, editado por A. M. Stile, Nápoles, 1991, p. 15.

nes delictivas con un alto coeficiente de alarma social²⁷ y de la aparición de formas de ilegalidad generalizada con contornos a veces difusos²⁸. Este contexto favoreció la primacía de los argumentos preventivo-represivos sobre los principios garantistas de la reserva de ley y la taxatividad, de los que deriva la prohibición de aplicación analógica de las normas incriminatorias. Como se recordará, en las últimas décadas del siglo pasado tuvieron lugar las masacres terroristas primero y las mafiosas después, provocando que el derecho positivo se “sintiera obligado” a prescindir de las limitaciones interpretativas derivadas del tipo legal, y la aparición de formas de activismo judicial cada vez más desequilibradas en términos de defensa social²⁹.

A la vista de lo dicho hasta ahora, es fácil comprender cómo la tendencia de una parte de la jurisprudencia a sacrificar las garantías inherentes al derecho penal para favorecer la represión de conductas graves contra bienes jurídicos fundamentales³⁰, formaba parte de un fenómeno general que va mucho más allá de cualquier cuestión relativa a la interacción entre el Derecho penal europeo y el interno. Esta interacción contribuyó poderosamente a reforzar una práctica judicial que se caracterizaba por la manipulación “aditiva”, a veces de forma muy visible, de algunas de las incriminaciones existentes. El Derecho comunitario, al crear bienes-intereses análogos y paralelos a los de matriz estrictamente nacional, aunque a diferencia de estos últimos que a menudo se ven privados (al menos inicialmente) de una adecuada protección penal³¹, constituyó el lugar ideal para lograr en la jurisprudencia esas formas de protección igualitaria entre bienes equivalentes que son, en principio, responsabilidad exclusiva del legislador.

En este sentido, resulta especialmente significativo un estudio centrado en las sentencias sobre fraude contra la (entonces) Comunidad Europea. Como es sabido, de hecho, el fenómeno de la captación abusiva de subvenciones europeas —fenómeno desencadenado por la política comunitaria de ayudas

²⁷ Basta con pensar en el terrorismo de diversa índole.

²⁸ Se piensa en formas de delincuencia organizada de tipo mafioso o de la Camorra, etc.

²⁹ Véase, de nuevo y para todos, G. Contento, *Interpretazione estensiva e analogia*, cit., p. 23.

³⁰ Véase, por ejemplo, F. Palazzo, Orientamenti doctrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 336. Sobre “la referencia al *bien jurídico* como criterio de interpretación judicial prevalentemente expansivo”, véanse, entre otros, G. Fiandaca, *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, cit., p. 74 ss; Id., *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e doctrina*, en *Quest. giustizia*, 1991, p. 22 ss.

³¹ Hay que recordar que la ausencia de competencias penales por parte de la Comunidad Europea para sancionar penalmente las infracciones a los preceptos contenidos en los reglamentos comunitarios. Incluso después de los Tratados de Maastricht y Lisboa, esta situación no ha cambiado mucho, dado que, según una opinión no unánime pero sí generalizada, los artículos 86 y 325 del TFUE no otorgan a la Unión Europea una competencia penal directa, y que, en cualquier caso, nunca se ha adoptado ningún reglamento que contenga disposiciones penales.

e incentivos en diversos sectores económicos y que trajo consigo numerosos comportamientos fraudulentos en rápida expansión y evolución³²— no dio lugar durante mucho tiempo a una reacción adecuada del legislador penal italiano. Si excluimos la introducción en los años sesenta y setenta de algunas infracciones penales y administrativas previstas en relación a sectores muy específicos³³, hasta mediados de los años ochenta la lucha contra el fraude comunitario se libró recurriendo al arsenal de infracciones preexistentes, cuya eficacia represiva respecto de las infracciones mencionadas dependía a menudo de la interpretación “creativa” del juez”. Esta interpretación era difícil de llevarla a cabo a partir de aquellos preceptos penales más taxativos y más respetuosos con el principio de determinación³⁴, pero, en cambio, resultaba más fácil en relación a infracciones penales que son marcadamente flexibles o incluso vagas.

Era pues lógico que, en el marco de la lucha contra el fraude comunitario, los jueces acabaran utilizando la figura de la estafa, que a pesar de su formulación, se caracteriza por abarcar una generalidad de supuestos y una ambigüedad de fondo, que permite realizar operaciones hermenéuticas poco escrupulosas con sus elementos típicos fundamentales³⁵. Por otra parte, y como es bien conocido, la jurisprudencia desde hacía tiempo había sometido al delito de estafa (art. 640 CP) a un proceso de interpretación analógico, con el fin de

³² Para un examen de la tipología de los llamados fraudes comunitarios véase, por ejemplo, S. Manacorda, *Profili politico-criminali della tutela delle finanze della Comunità europea*, en *Cass. pen.*, 1995, p. 232 ss.; J. Vervaele, *La fraude communautaire et le droit pénal européen des affaires*, París, 1994, p. 35 ss, y su bibliografía; Senato della Repubblica, Ufficio Valutazione Impatto, *Lotta alle fraude in danno delle uscite di bilancio dell'Unione europea - Documento di analisi n. 17*, 2017.

³³ Cf. Véanse, fundamentalmente, el artículo 9 del Decreto Legislativo n° 1051, de 21 de noviembre de 1967, convertido en la Ley n° 10, de 18 de enero de 1968, y el artículo 4 de la Ley n° 424, de 13 de agosto de 1979, sobre el aceite de oliva; y el artículo 6 del Decreto Legislativo n° 645, de 30 de septiembre de 1969, convertido en la Ley n° 829, de 26 de noviembre de 1969, sobre el trigo duro.

³⁴ Como, por ejemplo, la falsedad en documentos bancarios (artículo 95, Ley n° 141 de 7 de marzo de 1938), las falsas comunicaciones societarias (artículo 2621 del Código Civil), el recurso abusivo al crédito (artículos 218 y 225 del Real Decreto n° 267 de 16 de marzo de 1942), caracterizados por elementos constitutivos que no se prestan a ser “ampliados” mediante formas de criptoanálisis. Para una referencia reciente y muy autorizada a la obligación constitucional de que el legislador “formule normas conceptualmente precisas desde el punto de vista semántico” como para evitar que el juez asuma “un papel creativo”, véase Tribunal Constitucional, sentencia de 28 de abril de 2021, n° 98, con referencias precisas a su jurisprudencia anterior sobre el tema.

³⁵ Para subrayar la tendencia de nuestra jurisprudencia a aplicar el artículo 640 del Código Penal de forma extremadamente amplia, véase, por ejemplo, S. Semina, *La prevenzione e la repressione delle fraud a danno delle finanze comunitarie nell'ordinamento italiano*, en *Riv. pen. econ.*, 1994, p. 127 ss; R. Rinaldi, *Le fonti del diritto penale: l' analogia e l'interpretazione estensiva*, en *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle Regioni*, editado por E. Dolcini, T. Padovani y F. Palazzo, Milán, 1994, p. 21 ss; R. Zanotti, *La truffa*, Milán, 1993, en particular p. 91 ss.

extender su alcance represivo a hechos que no solo eran ajenos a su núcleo original³⁶, sino que incluso no cumplían con alguno de sus elementos típicos.³⁷

Teniendo en cuenta estas premisas, es fácil entender cómo al menos una parte del fraude de las subvenciones de la UE se acabó sancionando como un delito de estafa agravada en perjuicio del Estado (art. 640 párrafo 2, n° 1, del CP); y ello tanto en los casos en los que una parte de la financiación provenía del Estado italiano³⁸, como en aquellos otros en que el único organismo de financiación era la Unión Europea. Como es sabido, hasta 2020 el delito de estafa solo se refería a los casos relativos a los actos cometidos en perjuicio del Estado o de otro organismo público, sin mencionar a la UE entre los perjudicados³⁹. Por esta razón, para justificar la utilización del supuesto previsto en dicho artículo, la propia Corte de Casación había llegado a afirmar que “a efectos del Derecho penal, la Comunidad Económica Europea debe ser considerada también como un organismo público por nuestro ordenamiento interno”⁴⁰. De este modo, no del todo mal definido como “despreocupado”⁴¹, pero en todo caso compartida por una parte de la doctrina⁴², la jurisprudencia asimiló distintas entidades públicas, en contra de alguna sentencia anterior⁴³ y una parte de la doctrina que consideraba que la agravante del art. 640.2 n° 1 (estafa en perjuicio del Estado) solo podía aplicarse a los fraudes comunitarios tras la intervención del legislador.⁴⁴

³⁶ Véanse, críticamente, M. Pelissero, Truffa aggravata per il conseguimento di pubbliche forniture, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 938 s.; M. Romano, *Diritto penale in materia economica, riforma del codice, abuso di finanziamenti pubblici*, cit., p. 213; así como —con referencia también al art. 640 bis— S. Seminara, *La prevenzione e la repressione delle fraud a danno delle finanze comunitarie nell'ordinamento italiano*, cit., p. 128.

³⁷ Para una revisión detallada de los procedimientos analógicos que se encuentran en la jurisprudencia sobre el fraude, véase A. Della Pietra, *L'analogia in malam partem nella giurisprudenza*, Tesis doctoral, Universidad de Módena y Reggio Emilia, curso 2014-2015, p. 223 y ss, con amplias referencias bibliográficas.

³⁸ Como en el caso de la financiación del Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola (FEOGA).

³⁹ En el artículo en cuestión, la frase “o de la Unión Europea” fue añadida, de hecho, por la letra e) del artículo 1 del Decreto Legislativo 75/2020.

⁴⁰ Cass., 13 de mayo de 1992, en *Cass. pen.*, 1993, p. 2846, n° 1690; Id., 28 de septiembre de 1988, en *Cass. pen.*, 1991, p. 1062, n° 815.

⁴¹ Véase E. Mezzetti, *La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Padua, 1994, p. 25.

⁴² De hecho, el reconocimiento de la Comunidad Europea como organismo público ha sido considerado una “meritoria asimilación extralegislativa” por S. Manacorda, *Profili politico-criminali della tutela delle finanze della Comunità europea*, cit. p. 240.

⁴³ Cf. Tribunal de Turín, 22 de diciembre de 1980, en *Riv. dir. internaz.*, 1982, pp. 955-956: “La expresión ‘Estado’ en el artículo 640, párrafo 2, n.º 1 del Código Penal relativo al delito de estafa pretende indicar el Estado italiano y no es referible a un Estado extranjero”.

⁴⁴ Véase L. Salazar, Derecho penal y Derecho comunitario: la extraña pareja, en *Cass. pen.*, 1992, p. 1665.

Las construcciones realizadas por la jurisprudencia para incluir el fraude comunitario en el ámbito de aplicación del artículo 640 del Código Penal no se limitaron, sin embargo, a esa forma de interpretación “aditiva” consistente en considerar también a las Comunidades Europeas como posible sujeto pasivo del delito. Por el contrario, el análisis de las sentencias en la materia revela la aplicación de una variada gama de “trucos”, todos ellos destinados a ampliar el alcance natural del tipo de estafa y a su utilización en la lucha contra el fraude comunitario. Así, por ejemplo, en relación con un caso complejo consistente en declaraciones inexactas en el marco de una solicitud de obtención de un suplemento de precio para el aceite de oliva en virtud del artículo 1 del citado decreto-ley 1051/1967, los jueces apreciaron la existencia de estafa al Estado pese a la ausencia de perjuicio patrimonial⁴⁵.

A todo ello debe añadirse la persistencia, también en relación con el fraude comunitario, de ciertos jueces a vaciar los elementos típicos de “artificio” y “engaño”, considerando como “artificio o engaño” cualquier comportamiento meramente mentiroso⁴⁶ o incluso puramente omisivo⁴⁷, lo que pone de manifiesto que en estos casos de fraude a la UE, que a menudo no requieren de artificio o engaño en sentido técnico, se ha hecho un uso verdaderamente desaprensivo de la norma penal. Esta utilización se mantuvo durante todo el período anterior a la introducción de tipos penales específicos para reprimir el fraude a los intereses financieros, y se perpetuó incluso después de la aprobación del nuevo art. 640 bis del CP relativo a la estafa de fondos públicos⁴⁸.

Hasta aquí nos hemos limitado a exponer brevemente algunas de las formas en que los jueces italianos, tanto de instancia como de apelación, no han dudado en utilizar el delito de estafa para sancionar el fraude a los intereses

⁴⁵ Trib. Viterbo, 1 de diciembre de 1981, en *Giur. agr. it.*, 1984, p. 39 ss., con nota crítica de G. Montanara, *Integrazione di prezzo per l'olio di oliva, delitto di fraud e scienza esposizione di dati inesatti*, cit., p. 43 ss.

⁴⁶ Y, en particular, la mera exposición de datos e información falsos. En relación con el fenómeno de la erosión de los límites originales de interpretación de los “artificios o engaños”, véase, con referencia específica a los fenómenos de captación ilícita de fondos públicos, E. Musco, *Note critiche in tema di abuso di sovvenzioni in diritto penale*, en *Problemi giuridici delle agevolazioni finanziarie all'industria*, editado por R. Costi y M. Libertini, Milán, 1982, p. 423.

⁴⁷ Véase, por ejemplo, con referencia específica a una hipótesis de desembolso de contribuciones y préstamos subvencionados, Tribunal de Casación, 6 de noviembre de 1985, en *Casación Penal*, 1987, p. 103. En cuanto a la doctrina, véase, también para otras referencias jurisprudenciales, S. Manacorda, *Profili politico-criminali della tutela delle finanze della Comunità Europea*, cit. p. 242, nota 40.

⁴⁸ Sin embargo, hay que admitir que, en la perspectiva de la represión de los fraudes comunitarios, la introducción del artículo 640 bis del Código Penal ha eliminado algunas de las hipótesis más conspicuas de interpretación aditiva: en efecto, esta disposición, al sancionar expresamente la hipótesis de fraude en relación con las financiación públicas concedidas tanto por el Estado y otro organismo público como por la Comunidad Europea, evita al menos para el juez la problemática equiparación “por interpretación” entre la Comunidad y el Estado/organismo público.

financieros a través de procesos hermenéuticos que van desde la interpretación extensiva hasta formas más o menos veladas de analogía. Pero, de también, es posible encontrar derivadas similares en relación con muchas otras normas penales. Así, ya a finales de los años sesenta, en una célebre sentencia relativa a un fraude comunitario en materia de mantequilla, la Corte de Casación asimiló el derecho de exacción reguladora comunitaria al derecho de importación, con el fin de aplicar el delito de contrabando, para no dejar desprotegidos bienes/intereses de importancia comunitaria⁴⁹. Los ejemplos podrían continuar, y pueden encontrarse otros muchos casos de presuntas interpretaciones conformes *in malam partem* que en realidad constituyen casos de analogía o al menos de interpretación *contra legem*⁵⁰ en las monografías de Vittorio Manes⁵¹, Giandomenico Salcuni⁵² y Carlo Sotis⁵³, por citar solo a tres autores que se han ocupado de estudiar las formas de impacto del Derecho europeo sobre el Derecho penal interno. La tendencia de los jueces nacionales a interpretar determinadas infracciones penales ahormándolas a las exigencias del Derecho comunitario resultó durante mucho tiempo imparable y aún hoy sigue apareciendo en varias ocasiones, y todo ello pese a las duras críticas que realizó la doctrina penal.⁵⁴ En la fase histórica del “euroentusiasmo”, existieron, por tanto, numerosos ejemplos de interpretaciones conformes que eran manifiestamente *contra legem*; que solo consideraron que podían ser expresamente tolerados los defensores de la comunitarización del derecho⁵⁵.

⁴⁹ Sentencia de 13 de octubre de 1969, en *Foro it.*, 1970, II, c. 57.

⁵⁰ F. Viganò, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme soprannazionali*, en *Studi in onore di Mario Pisani*, editado por P. Corso, E. Zanetti, Piacenza, 2010, par. 5.1.

⁵¹ *El juez del laberinto. Perfiles de las intersecciones entre el derecho penal y las fuentes supranacionales*, Roma, 2012.

⁵² *La europeización del derecho penal: problemas y perspectivas*, Milán, 2011.

⁵³ *Il diritto senza codice*, Milán, 2007.

⁵⁴ Por mi parte, he denunciado reiteradamente estas derivas jurisprudenciales: véase, por ejemplo, A. Bernardi, *I tre volti del 'diritto penale comunitario'*, cit., par. 4, lett. a), *in fine*; Id., A. Bernardi, *Codificazione penale e diritto comunitario, I - La modificazione del codice penale ad opera del diritto comunitario*, Ferrara, 1996, cap. II, sez. II, par. 2.4; Id., *Profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentare*, cit. *Profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentare*, cit., par. 2; Id., *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Turín, 2004, p. 15; Id., *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, en *L'area di libertà, sicurezza e giustizia. Alla ricerca di un equilibrio tra priorità di sicurezza ed esigenze di garanzia*, editado por T. Rafaraci, Milán, 2007, p. 246.

⁵⁵ Véase, por ejemplo, S. Prechal, *Directives in European Community Law*, Oxford, 1995, según el cual, teniendo en cuenta las exigencias del Derecho comunitario, en casos excepcionales “no se excluiría una interpretación del Derecho nacional *contra legem*” (p. 228). Desde una perspectiva fuertemente europeísta, y como tal insensible a los resurgentes nacionalismos que en la UE encuentran su máxima expresión en el progresivo aumento de los contralímites, todavía hay quien llega a sostener que, al menos en algunos casos, la prohibición de la interpretación *contra legem* no tendría razón de ser, ya que negaría la primacía del Derecho de la UE. Véase E. Perillo,

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es cierto que en ella se indicaba que la obligación del juez nacional de interpretar el derecho nacional de conformidad con la ley “encuentra sus límites en los principios generales del derecho, en particular en los de seguridad jurídica e irretroactividad, y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del derecho nacional”⁵⁶. Sin embargo, también es verdad que los jueces de Luxemburgo en muchas ocasiones parecían querer aprovechar al máximo los recursos del intérprete para garantizar una interpretación conforme al Derecho de la UE. Pensemos, por ejemplo, en las sentencias en las que el Tribunal de Justicia declaró que “el órgano jurisdiccional nacional está obligado a aplicar, en la medida de lo posible, su derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva para alcanzar el resultado perseguido por esta”⁵⁷. Al comentar este tipo de decisiones del TJCE⁵⁸, la doctrina de la época no dejó de observar que en ellas “el Tribunal ya no utilizaba la expresión “margen de apreciación conferido al tribunal por su derecho nacional” mencionada en *Von Colson y Kamann*⁵⁹ y *Murphy* 60, sino que se utilizaba en su lugar la expresión más amplia y ambigua “en la medida de lo posible”⁶¹. De este modo, el juez nacional estaba “invitado a utilizar al máximo su facultad de interpretación, haciendo, si resultaba necesario, que una disposición que no fue adoptada para cumplir con la obligación derivada del Derecho comunitario y que a menudo (...) era anterior al Derecho comunitario diga cosas que claramente no pretendía decir en el momento de su promulgación”⁶². Aun siendo conscientes de las inevitables peculiaridades del derecho penal, hemos visto cómo mecanismos interpretativos de este tipo han aparecido también en la juris-

L'obbligo dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione, prima e dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: un vincolo sempre più problematico o forse ormai obsolete? In L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Perfilés y límites de una restricción problemática, citado anteriormente, p. 53 y ss.

⁵⁶ Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de abril de 2008, asunto C268/06, *Impact*, apartado 100, y otras referencias. Véase también, *ex multis*, Id., sentencia de 23 de abril de 2009, asuntos C378/07 a C380/07, *Angelidaki*, ap. 199.

⁵⁷ Véase la sentencia de 14 de julio de 1994 en el asunto 91/92 *Faccini Dori contra ReCreb*, Rec. 1994, 3325. 1994, p. 3325; sentencia de 12 de diciembre de 1996, asuntos acumulados 74/95 y 129/95, *Procura della Repubblica c. X*, en *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 126.

⁵⁸ En su versión francesa, también se encuentra en sentencias anteriores: véase la sentencia de 13 de febrero de 1990, asunto 106/89, *Marleasing*, [1990] ECR 4159, apartado 8; sentencia de 16 de diciembre de 1993, asunto 334/92, *Wagner Miret*, [1993] ECR 6911.

⁵⁹ Tribunal de Justicia, sentencia de 10 de abril de 1984, asunto 14/83, *Von Colson y Kamann*, apartado 28.

⁶⁰ Tribunal de Justicia, sentencia de 4 de febrero de 1988, asunto 157/86, *Murphy*, apartado 11.

⁶¹ A. Barav, *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire*, en *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à J. Boulouis*, París, 1991, p. 7.

⁶² I. Schockweiler, *Les effets des directives dans les ordres juridiques nationaux*, en *Revue du Marché Unique Européen*, 1995, n° 2, p. 15.

prudencia penal, quizás influenciados por ciertas posiciones “tempranas” del Tribunal de Justicia, según las cuales “la eficacia del derecho comunitario no puede variar en función de los diferentes ámbitos del derecho nacional en los que puede surtir efectos”.⁶³

En definitiva, puede decirse que en el ámbito del fraude comunitario y, más en general, en el de la protección de los bienes/intereses comunitarios, durante mucho tiempo la falta de adecuación del derecho penal italiano, al igual que el de otros sistemas, favoreció en Italia y no solo en Italia, una práctica jurisprudencial orientada en perspectiva de sustitución legislativa⁶⁴, en la que aparecieron la interpretación extensiva, la analogía y otras formas de interpretación creativa, en el marco de un Derecho penal jurisprudencial de derivación europea.

Por su parte, la doctrina estigmatizó cualquier forma de interpretación desfavorable resultante de procedimientos analógicos o *contra legem*, al tiempo que reconoció, en general, la posibilidad de conformar interpretaciones *in malam partem* de carácter meramente extensivo. Todo ello guarda un paralelismo, al menos tendencial, con lo que generalmente se admite en el contexto de la integración de los elementos normativos de la infracción penal por parte de las normas de la UE de carácter meramente técnico o, en todo caso, específico⁶⁵.

4. BREVE DIGRESIÓN SOBRE LA CAPACIDAD DE LAS NORMAS DE LA UE PARA CONFIGURAR LOS ELEMENTOS NORMATIVOS DEL DERECHO PENAL CON EFECTOS IN MALAM PARTEM

No es este lugar para ocuparse en profundidad de la distinta naturaleza de los elementos del tipo objetivo y de la discusión relativa a su división entre elementos normativos y descriptivos, con las tesis radicales que han negado que pueda hablarse de elementos descriptivos (“todo normativo”), como las opuestas (“todo descriptivo”)⁶⁶. Igualmente se dejará de lado el acalorado debate relativo a la legitimidad (o más bien los límites de la legitimidad) de

⁶³ Sentencia de 21 de marzo de 1972 en el asunto 82/71 *SAIL*, *Rec.* 1972, p. 119.

⁶⁴ Véase, por ejemplo, *La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté*, cit., *passim*; J. Vervaele, *La fraude communautaire et le droit pénal européen des affaires*, cit., p. 183.

⁶⁵ Sobre este punto, véanse, por ejemplo, A. Bernardi, I tre volti del ‘diritto penale comunitario’, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, p. 333 ss.; Id., *Profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentare*, cit., en particular párrafos 3 ss.; A. Massaro, Dalle criticità del diritto penale nazionale a quelle del ‘diritto penale europeo’: chi causa suo mal pianga se stesso. Massaro, *Dalle criticità del diritto penale nazionale a quelle del “diritto penale europeo”: chi è causa del suo mal pianga se stesso? Reflexiones sobre Taricco y sus alrededores*, en *Arch. Pen.*, 2017, n° 3, p. 3 ss.

⁶⁶ Sobre este tema, véanse C.F. Grosso, *L'errore sulle scriminanti*, Milán, 1961, p. 155 y ss, y la bibliografía allí citada; D. Pulitanò, *L'errore diritto nella teoria reato*,

la aplicación *in malam partem* de un elemento normativo por parte de las normas de la UE⁶⁷.

Sin embargo, resulta evidente que la interpretación del tipo penal conforme a la UE y el desarrollo de los elementos normativos del tipo por parte de la UE constituyen dos fenómenos muy próximos entre sí. Por esta razón, resulta oportuno ocuparse brevemente de este supuesto, pues la opinión que se mantenga en casa caso habrá de ser coherente o simétrica. No obstante, y pese a este paralelismo, son precisas algunas distinciones. En particular, por lo que se refiere a la interpretación conforme al Derecho de la UE, esa se activa por cualquier norma de la UE, tenga o no eficacia directa (autoejecutable), todo ello con independencia de lo que después se indicará en relación con sus límites. En este sentido, cualquier norma de la UE, ya esté contenida en los Tratados o en un reglamento, o incluso en una directiva, o en una decisión marco o en un convenio del “tercer pilar”, se presta en principio a condicionar la disposición penal por vía de interpretación. Por su parte, la conformación de elementos normativos del tipo por una norma de la UE, solo tiene lugar cuando tiene efecto directo (*autoejecutables*). Sólo una norma de la UE autoejecutable incorpora, de manera similar a una norma de derecho interno, un elemento normativo en la disposición penal. Por esta razón, las normas que no autoejecutables pueden afectar al contenido de un tipo penal a partir de una interpretación conforme, pero no a través de la conformación de un elemento normativo del tipo.

Sentado lo anterior, es preciso indicar que el fenómeno de la integración de un elemento normativo por parte de la legislación de la UE es muy frecuente, debido a la primacía del Derecho de la UE, a la aplicabilidad directa de los reglamentos europeos, y al hecho de que su contenido no puede reproducirse textualmente en el derecho interno, ni siquiera en aquellos supuestos en que su reproducción tiene como función sancionar su incumplimiento⁶⁸. Hay al menos tres razones que impiden al legislador nacional intervenir sobre una disciplina normativa de fuente comunitaria: la necesidad de reservar al Tribunal de Justicia el monopolio de la interpretación de las normas contenidas en los citados reglamentos; la necesidad de sustraerlas al control nacional de constitucionali-

Milán, 1976, p. 219 y ss, con otras referencias bibliográficas. Pulitanò, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milán, 1976, p. 219 ss, con más referencias bibliográficas.

⁶⁷ Véase, entre otros, G. Grasso, *European Communities and Criminal Law. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, cit., p. 288 ss.; R. Sicurella, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali*, cit. p. 63 ss; C. Sotis, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, p. 214 ss.; V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni fra diritto penale e fonti sovranazionali*, p. 57 ss.

⁶⁸ El Tribunal de Justicia ha subrayado en varias ocasiones la ilegalidad de toda norma interna que reproduzca o modifique un reglamento comunitario. Véase ya, la sentencia de 18 de febrero de 1970, asunto 40/69, *Bollmann*; la sentencia de 18 de junio de 1970, asunto 74/69, *Krohn*; la sentencia de 14 de diciembre de 1971, asunto 43/71, *Politi*. En el mismo sentido, véanse ya, en la jurisprudencia constitucional italiana, la sentencia n° 183 de 27 de diciembre de 1973, en *Giur. cost.*, 1973, p. 2401; la sentencia n° 232 de 30 de octubre de 1975, en *Foro it.* 1976, I, c. 542 y siguientes; sentencia n° 205 de 28 de julio de 1976, en *Giur. cost.*, 1976, p. 1292; sentencia n° 163 de 29 de diciembre de 1977, en *Giur. cost.*, 1977, p. 1524.

dad⁶⁹; la necesidad de garantizar el efecto inmediato y directo de cualquier posible modificación y, paralelamente, impedir la modificación de dichas normas por leyes nacionales posteriores.

De todo lo anterior se desprende que la aplicación de estas disposiciones reglamentarias implica casi necesariamente el recurso a la técnica de la remisión. No obstante, en este punto el principio de legalidad excluye que la norma penal efectúe una remisión, ya sea una remisión estática o dinámica, completa a la norma europea.

Sin embargo, a este respecto, en nombre del principio de legalidad, debe excluirse el recurso a la técnica de la regla en blanco centrada en las formas de referencia que tienden a ser “completas” (ya sean “estáticas” o “dinámicas”) a la legislación europea. Las normas penales deben ser desde el primer momento, desde que son creadas por el legislador, suficientemente precisas. Igualmente, la reserva de ley y el principio de determinación también resultan de aplicación en los supuestos en que contienen elementos normativos de carácter técnico especificados en reglamentos europeos.

Dicho todo esto, hay que subrayar, que resulta excesivo que el legislador reescriba la norma penal cada vez que un reglamento europeo altera las normas técnicas⁷⁰. Una exigencia de este tipo, impulsada por una atención exasperada a la reserva de ley, tendría importantes consecuencias negativas. En particular, si el tipo penal hiciera una referencia “estática” a una norma técnica contenida en un reglamento de la UE, en caso de modificación de esta última norma por un reglamento posterior de la UE, se dejaría sin protección penal, hasta que el legislador nacional, que como ya se ha indicado es bastante lento en la adaptación del derecho interno, introdujera un nuevo delito que, a efectos de especificación técnica, contenga una referencia estricta al mencionado nuevo reglamento de la UE.

En última instancia, en estos casos, la única técnica normativa que puede adoptarse de forma provechosa parece ser la que prevé la adopción de un tipo penal suficientemente claro y preciso, pero en todo caso acompañado de elementos normativos que remiten de forma “flexible” a disposiciones normativas (nacionales o) de la UE de carácter más específico. La “elasticidad” de tal

⁶⁹ Al menos, salvo en los casos en que dichas normas, tal como las interpreta Tribunal de Justicia, entran en tensión con los principios fundamentales del ordenamiento constitucional, de modo que permiten establecer contra-límites.

⁷⁰ También porque en algunos sectores normativos estos cambios son muy frecuentes. Este es el caso, por ejemplo, del sector agroalimentario (véase, por ejemplo, A. Bernardi, Il processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare tra codice e leggi speciali, en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 61 ss., par. 3), o del sector pesquero (véase, con referencia específica a la variación continua de las medidas límite y los umbrales de tolerancia relacionados con las especies de peces, C. Sotis, M. Bosi, Il bizzarro caso dei pesci “in malam partem”. Osservazioni in tema di pesca del novellame sui rapporti tra disapplicazione dell’atto amministrativo (di favore) contrario alla legge e non applicazione della norma nazionale (di favore) contrastante con il diritto comunitario, en *Dir. pen. cont.*, 6 de mayo de 2011, p. 4 y siguientes).

referencia permite, en efecto, la modificación de los perfiles de los elementos normativos (y por tanto de los detalles “técnicos” del hecho prohibido) con la sucesión de las normas reglamentarias de la UE delegadas para la aplicación de tales elementos, independientemente de que dicha modificación sea *in bonam* o *in malam partem*⁷¹. Dicho esto, no puede negarse que una posible y frecuente modificación de las normas específicas procedentes del ordenamiento europeo podría comprometer el conocimiento del contenido exacto del tipo penal que se refiere a ellas, con el consiguiente sacrificio de la seguridad jurídica. Sin duda, se trata de un problema muy grave, que denuncié enérgicamente en su momento⁷²; una gravedad que solo se ve mitigada en parte por el hecho de que los tipos penales de esta clase son esencialmente “delitos especiales propios”, respecto de los cuales se exige a los posibles autores, por lo general, un conocimiento particular de las normas técnicas del sector⁷³. Por otra parte, cabe señalar que una situación casi similar, en lo que atañe al conocimiento de la incriminación, se da también en los casos de sucesión rápida de normas técnicas nacionales destinadas a integrar “dinámicamente” un elemento normativo del tipo; e igualmente en el caso de una rápida sucesión de tipos penales que contienen formas de referencia “rígida” a las normas de especificación técnica previstas por los reglamentos de la UE sujetos a una sucesión igualmente rápida. Sin embargo, cabe señalar que, en estos casos, el desconocimiento de la circunstancia incriminatoria está más ligado a la provisionalidad de las normas comunitarias sobre el pliego que al tipo de remisión que el tipo penal realice y, por tanto, a la sucesión o no de tipos penales en función del tipo de remisión, dinámica o estática, que se elija.

⁷¹ Sobre las ventajas que se derivan de la adopción de tal técnica de regulación, véase, si se desea, A. Bernardi, *Il processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare tra codice e leggi speciali*, en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 61 ss., par 12.

⁷² Véase A. Bernardi, *Il principio di legalità penale alla prova delle fonti sovranazionali e private: riflessi sul diritto penale alimentare*, en *Indice pen.*, 2015, párr. 8.1; así como en *Riv. dir. alimentare*, 2015, n.º 1, p. 55 y s., disponible en <http://www.rivista-dirittoalimentare.it/rivista/2015-01/BERNARDI.pdf>.

⁷³ Véanse, a este respecto, las observaciones de C. Sotis, M. Bosi, *Il bizzarro caso dei pesci “in malam partem”*. *Osservazioni in tema di pesca del novellame sui rapporti tra disapplicazione dell’atto amministrativo (di favore) contrario alla legge e non applicazione della norma nazionale (di favore) contrastante con il diritto comunitario*, cit., p. 18. En particular, los autores recuerdan que, a la luz de los particulares deberes de conocimiento que incumben a los operadores profesionales, el Tribunal de Casación ha descartado la posibilidad de invocar el error ineludible sobre el precepto incluso en los casos en que la normativa técnica del sector adjunto para integrar la causa penal es especialmente compleja y cambiante en el tiempo (Tribunal de Casación Penal, Sección III, audiencia de 6 de julio de 2009 n.º 38087 citada).

5. LOS LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN IN MALAM PARTEM DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA: LA EXCLUSIÓN DE TAL SOLUCIÓN HERMENÉUTICA RESPECTO A LAS NORMAS DE LA UE QUE NO SON AUTOEJECUTABLES

Como acaba de señalarse⁷⁴, en Italia durante mucho tiempo existieron dudas relativas a si la interpretación conforme al Derecho de la UE de una disposición penal podía tener como resultado una interpretación *in malam partem*. En líneas generales, se aceptó esta posibilidad siempre que no diera lugar a una interpretación análogica o *contra legem* del delito (como ha ocurrido en varias ocasiones). Por otro lado, no llegó a plantearse ante nuestros tribunales, el problema específico de la posible necesidad de aplicar la pena máxima, con el fin de ofrecer una protección adecuada a bienes jurídicos de la UE, tal como parecía sugerir en algunas decisiones el TJUE al requerir, en nombre del principio de cooperación leal, sanciones “eficaces, proporcionadas y disuasivas”. Esta forma de determinación de la pena hubiera supuesto de facto la reducción del margen de discrecionalidad judicial de que goza el juez y una reducción de la “horquilla” prevista por el tipo penal.⁷⁵ Todas las cuestiones críticas relacionadas con esta solución tienen por tanto un puro carácter doctrinal⁷⁶ y no serán objeto de nuestra atención, a la vista además de las dudas que suscitó esta forma de incidencia y que existiera en este caso la obligación de realizar una interpretación conforme⁷⁷.

Volviendo, por tanto, a la interpretación conforme del derecho penal (y, más en general, de cualquier disposición sancionadora)⁷⁸ con el derecho de la UE con efectos *in malam partem*, cabe destacar que a lo largo de los años los jueces luxemburgueses también se han detenido en ella, estableciendo en al-

⁷⁴ Véase *más arriba*, párrafos 5 y 6.

⁷⁵ En efecto, a la luz de la “*jurisprudencia von Colson y Kaman*” (véase el apartado 5, nt. 41 *supra*), cuando la legislación penal nacional prevé sanciones que solo son parcialmente adecuadas para proteger los preceptos del Derecho de la UE, el órgano jurisdiccional nacional está obligado a hacer uso de su facultad discrecional al apreciar la sanción para garantizar que esta se adecue a la naturaleza y a la finalidad de las normas de la UE cuya infracción debe sancionarse.

⁷⁶ Véase A. Bernardi, “*Principios de Derecho*” y *Derecho Penal Europeo*, cit., p. 202. En ese trabajo, señalé que la “*jurisprudencia von Colson y Kaman*” presenta un perfil de criticidad evidente, ya que implica el compromiso de los mecanismos habituales de individualización. En efecto, la necesidad de cuantificar la sanción siempre y en todo caso cerca de su máximo edictal conlleva, claramente, la imposibilidad de poner de manifiesto, en el plano sancionador, el diferente disvalor de los casos concretos imputable a un mismo caso abstracto.

⁷⁷ Cf. *supra*, apartado 5, nota 41.

⁷⁸ Por ejemplo, como ya se ha mencionado *anteriormente*, en el apartado 3 in *fine*, de una norma de exención o una causa de extinción de la responsabilidad.

gunas decisiones una serie de límites. A este respecto, el Tribunal de Justicia estableció en primer lugar, con una aplicación general, aunque la norma europea en cuestión era una decisión marco,⁷⁹ la prohibición de la *interpretatio contra legem* con efectos desfavorables⁸⁰, y recordó igualmente, en relación con una directiva mal transpuesta, pero también con una aplicación general, la prohibición de la analogía *in malam partem*⁸¹.

El Tribunal de Justicia también se pronunció en contra de la posibilidad de que se produzcan efectos desfavorables como consecuencia de la interpretación conforme cuando las normas de la UE *no son directamente aplicables*. A este respecto, el TJCE señaló en varias sentencias que “la posibilidad de invocar ante un órgano jurisdiccional nacional la disposición incondicional y suficientemente precisa de una directiva que no ha sido transpuesta solo existe en favor de los particulares y respecto del “Estado miembro destinatario”. De ello se desprende que una directiva no puede crear por sí misma obligaciones para un particular y que, por tanto, una disposición de una directiva no puede ser invocada como tal contra dicho particular”⁸². Más explícitamente, y siempre según el Tribunal de Justicia, “una directiva no puede tener por sí misma, y con independencia de una ley interna de un Estado miembro adoptada para su aplicación, el efecto de determinar o agravar la responsabilidad penal de las personas que actúan en contra de sus disposiciones”⁸³. El Tribunal de Justicia ha precisado que estas afirmaciones, hechas con referencia a las directivas, siguen siendo plenamente válidas también en relación

⁷⁹ Véase V. Manes, Método y límites de la interpretación conforme a las fuentes supranacionales en materia penal, en *Archivo pen.*, 2012, p. 18, nt. 60.

⁸⁰ Véase Tribunal de Justicia, Gran Sala, sentencia de 16 de junio de 2005, asunto 105/03, *Pupino*, apartado 47: “(...) el principio de interpretación conforme no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional”.

⁸¹ Véase, en particular, la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004, asunto C-58/02, *Comisión/España*, apartado 28: “De ello se desprende que la legislación española no prohíbe todas las actividades ilícitas mencionadas en la Directiva y que las disposiciones invocadas por el Gobierno español son inadecuadas para transponer correcta y plenamente sus artículos 4 y 5 al Derecho español. Incluso si la ley penal se interpreta de acuerdo con la directiva, las lagunas y deficiencias señaladas por la Comisión no pueden ser subsanadas sin vulnerar los principios de legalidad y seguridad jurídica, que impiden castigar conductas que no están claramente identificadas y expresamente tipificadas como delito en el Código Penal”.

⁸² Por ejemplo, Tribunal de Justicia, sentencia de 26 de febrero de 1986, asunto 152/84, *Marshall*, ap. 48; ídem, sentencia de 8 de octubre de 1987, asunto 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, ap. 9; ídem, sentencia de 26 de septiembre de 1996, C-168/95, *Arcaro*, ap. 36; ídem, sentencia de 12 de diciembre de 1996, asuntos acumulados C-74/95 y C-129/95, X, ap. 23.

⁸³ Por ejemplo, Tribunal de Justicia, sentencia de 11 de junio de 1987, asunto 14/86, *Pretore di Salò*; sentencia de 8 de octubre de 1987, asunto 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen BV*, punto 13; sentencia de 26 de septiembre de 1996, C-168/95, *Arcaro*, punto 37; ídem, sentencia de 12 de diciembre de 1996, asuntos acumulados C-74/95 y C-129/95, X, punto 24; ídem, sentencia de 3 de mayo de 2005, asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02, *Berlusconi y otros*, punto 74.

con las decisiones marco del “tercer pilar”⁸⁴ (y, por tanto, también en relación con los convenios del tercer pilar, que *no son de autoejecución*)⁸⁵.

Es evidente que, con estas sentencias, el Tribunal de Justicia pretendía poner barreras a la obligación de interpretar conforme a la ley, obligación que ha reconocido inequívocamente cuando no tiene efectos adversos. Estas barreras se erigieron, como hemos visto, con referencia a las fuentes de la UE *carentes de efecto directo*, no obstante y en una primera lectura de algunas de las sentencias del Tribunal que se mencionan a continuación podría pensarse que se refieren a todo tipo de fuentes de la UE. Así por ejemplo, en alguna ocasión el tribunal de Luxemburgo pareció manifestarse a se oponía en general a la interpretación extensiva del derecho penal a instancias de la UE. Según esta decisión, “el principio de no aplicación extensiva de la ley penal en perjuicio del acusado, que es el corolario del principio de previsión legal de los delitos y de las penas, y más generalmente del principio de seguridad jurídica, se opone al ejercicio de la acción penal respecto de conductas cuyo carácter reprochable no se desprende de la ley”⁸⁶. Sin embargo, esta afirmación —que, además, parece confundir la interpretación extensiva con la interpretación analógica o, en todo caso, “creativa”⁸⁷— va precedida de una frase que redimensiona su alcance, situándola en los límites que había erigido anteriormente y que ha reiterado varias veces. El Tribunal de Justicia precisa que esta prohibición debe entenderse “con especial atención a un caso como el controvertido en el litigio principal, que se refiere a la extensión de la responsabilidad penal resultante de una ley adoptada, en particular, para adaptar el Derecho interno a una directiva”⁸⁸. Es fácil deducir de la combinación de estas dos afirmaciones

⁸⁴ Véase, por ejemplo, Tribunal de Justicia, Gran Sala, sentencia de 16 de junio de 2005, asunto 105/03, *Pupino*, citado anteriormente, párrafos 44-45.

⁸⁵ Evidentemente, la prohibición de determinar o agravar mediante la interpretación la responsabilidad penal de quienes actúan en contra de las disposiciones de las directivas, así como de las decisiones marco y de los convenios del tercer pilar, sigue siendo plenamente válida también con respecto a las recomendaciones y los dictámenes emitidos por el Consejo de la UE y la Comisión de la UE en virtud del artículo 288 del TFUE, ya que estas fuentes de la UE también carecen de efecto directo. Por lo que respecta a la interpretación *in malam partem*, las conclusiones del Tribunal de Justicia sobre las recomendaciones son, por tanto, irrelevantes. Los jueces luxemburgueses han aclarado, de hecho, que estos actos *de derecho indicativo*, aunque no sean vinculantes, “no pueden considerarse por ello carentes de todo efecto jurídico”. En efecto, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a tener en cuenta las recomendaciones al resolver los litigios que se les someten, en particular cuando contribuyen a interpretar las normas nacionales adoptadas para garantizar su aplicación, o tienen por objeto completar las normas comunitarias de carácter obligatorio”: Tribunal de Justicia, sentencia de 13 de diciembre de 1989, asunto 322/88, *Grimaldi*, punto 18; sentencia de 11 de septiembre de 2003, asunto C-207/01, *Altair Chimica*.

⁸⁶ Tribunal de Justicia, sentencia de 12 de diciembre de 1996, asuntos acumulados C-74/95 y C-129/95, X, apartado 25.

⁸⁷ En vista de la ambigüedad de la fórmula “conducta cuyo carácter censurable no se desprende de la ley”.

⁸⁸ *Ibid.*

lo que el Tribunal de Justicia pretendía decir en realidad: debido a que una directiva no puede crear por sí misma obligaciones para los particulares y, por tanto, no puede producir consecuencias penales negativas para estos, una disposición penal contenida en una ley adoptada para adaptar el Derecho interno a una directiva no puede interpretarse a la luz de la directiva en cuestión para ampliar los ámbitos de responsabilidad previstos por dicha disposición penal, dado que la directiva *carece de efecto directo*⁸⁹.

Es cierto que, en otra ocasión, el Tribunal de Justicia reiteró, en relación con un reglamento, su afirmación recurrente de que “una directiva no puede, por sí misma e independientemente de una ley nacional adoptada por un Estado miembro para su aplicación, tener por efecto determinar o agravar la responsabilidad penal de una persona que actúa en contra de las disposiciones de dicha directiva”⁹⁰. A primera vista, parece que en esta sentencia el Tribunal decidió ampliar la prohibición de interpretación *in malam partem* a los casos en los que la norma europea a la que debe ajustarse el derecho penal interno estuviera dotada de efecto directo⁹¹. Sin embargo, en el presente caso, el Tribunal se apresuró a señalar que “aunque en el litigio principal la norma comunitaria de que se trata es un reglamento, que por su naturaleza no requiere medidas nacionales de ejecución, y no una directiva, el artículo 11 del Reglamento n° 3295/94 autoriza a los Estados miembros a adoptar sanciones por las infracciones del artículo 2 de dicho reglamento, lo que permite trasladar al presente caso el razonamiento del Tribunal de Justicia relativo a las directivas”.

En el presente caso, en esencia, el reglamento no era “completo en su contenido operativo” y, por lo tanto, en algunos aspectos, no era autoejecutable. Además, lo que el Tribunal de Justicia quiere evitar en este caso es algo más que una mera interpretación extensiva; quiere evitar que se sancione a alguien *en ausencia de la norma sancionadora nacional que el reglamento prevé que introduzca el legislador nacional para castigar las violaciones del artículo 2 de dicho reglamento*⁹². El tribunal de primera instancia que había planteado

⁸⁹ La exactitud de esta conclusión parece confirmada por la afirmación del Tribunal de Justicia en el apartado 22 de su sentencia: “No obstante, de la resolución de remisión se desprende que, en el presente caso, el órgano jurisdiccional nacional no excluye que la toma en consideración de las disposiciones de la Directiva pueda tener como efecto directo provocar o agravar la responsabilidad penal de quienes actúan en contra de dichas disposiciones, mientras que dicha responsabilidad no se derivaría de la interpretación de la legislación adoptada, en particular, para la aplicación de la Directiva”.

⁹⁰ Tribunal de Justicia, sentencia de 7 de enero de 2004, asunto C-60/02, petición al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, formulada por el *Landesgericht Eisenstadt* (Austria) en el procedimiento penal seguido contra X, apartado 61.

⁹¹ Esta es, de hecho, la interpretación que da a la sentencia en cuestión V. Manes, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 65-66. Además, en otras publicaciones el autor parece limitar la prohibición de interpretación *in malam partem* a las fuentes de la UE que no son autoejecutables.

⁹² En el mismo sentido, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 1996, asuntos acumulados C-74/95 y C-129/95, X, antes citada, apartado 63: “Si

la cuestión prejudicial preguntaba si era posible utilizar una serie de normas del Reglamento nº 3295/94 (respecto al cual, hay que repetirlo, el legislador nacional⁹³ no había adoptado aún las necesarias normas de aplicación de las sanciones) como criterio que permitiera aplicar una infracción penal nacional preexistente, destinada a castigar “la importación y la exportación de mercancías falsificadas, y no su mero tránsito por el territorio nacional”, “también a las situaciones en las que las mercancías importadas de un tercer país se exportan a otro tercer país”⁹⁴, es decir, también a los casos de mero tránsito de mercancías. De este modo, la lectura de la sentencia en su totalidad deja claro que, en el caso en cuestión, la interpretación *in malam partem* de la ley penal nacional no habría sido una mera interpretación extensiva, sino una interpretación claramente analógica. El Tribunal de Justicia se limitó por ello a afirmar un hecho que siempre ha sido indiscutible, al menos en el plano teórico: a falta de una disposición penal específica adoptada para aplicar sanciones respecto de preceptos de origen europeo, no es admisible obligar al Derecho penal nacional preexistente a colmar esa laguna de protección por analogía.

6. MÁS SOBRE LA INADMISIBILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN *IN MALAM PARTEM* RESPECTO A LAS NORMAS DE LA UE CARENTES DE EFECTO DIRECTO

Dada la vaguedad de las fórmulas utilizadas por el Tribunal de Justicia para delimitar los ámbitos de aplicación de la interpretación conforme *in*

el órgano jurisdiccional nacional llega a la conclusión de que el Derecho nacional no prohíbe el tránsito de mercancías falsificadas por el territorio austriaco, el principio de irretroactividad de las penas, consagrado en el artículo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que es un principio general del Derecho comunitario común a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, prohibiría la imposición de sanciones penales por tales conductas, aunque la norma nacional fuera contraria al Derecho comunitario”.

⁹³ En este caso, austriaco.

⁹⁴ Tribunal de Justicia, sentencia de 7 de enero de 2004, asunto C-60/02, X, ya citada, apartado 20: “Según la MSchG, solo la importación y exportación de mercancías falsificadas, y no su mero tránsito por el territorio nacional, constituye un uso ilegal de una marca. Además, el derecho penal austriaco establece una clara distinción entre los conceptos de importación y exportación, por un lado, y el tránsito de mercancías, por otro. 21. El órgano jurisdiccional nacional se remite al asunto C-383/98, *Polo/Lauren*, en el que el Tribunal de Justicia declaró que el Reglamento nº 3295/94 se aplica también a las situaciones en las que las mercancías importadas de un país tercero se exportan a otro país tercero, lo que implica que el Reglamento se aplica también al mero tránsito de mercancías. Sin embargo, dado que esa sentencia se dictó en un asunto civil, el tribunal nacional no está seguro de que el mismo razonamiento sea aplicable en el ámbito penal cuando no se ha cometido ningún delito con arreglo a la legislación nacional”.

malam partem, y dada también la falta de coincidencia en los significados, no existe un punto de vista generalmente compartido sobre su interpretación exacta. Esto contribuye sin duda a explicar las divergencias encontradas tanto en la jurisprudencia como en la doctrina sobre la legitimidad, o más bien los ámbitos de aplicación, de los efectos desfavorables de este criterio interpretativo.

Sin embargo, es evidente que en las sentencias mencionadas los jueces luxemburgueses se planteaban el problema de la admisibilidad de las consecuencias negativas para el acusado relacionadas con una interpretación del derecho penal nacional destinada a adaptarlo a las exigencias de protección de las fuentes comunitarias carentes de efecto directo (es decir, como ya se ha mencionado, las directivas o decisiones marco o los convenios del “tercer pilar”), o —en casos límite— de fuentes normativas de la UE respecto de las cuales el Estado no ha podido proporcionar un marco sancionador adecuado. Merece la pena dedicar unas palabras a esta cuestión para sentar las premisas conceptuales de las tesis que se expondrán al final de este trabajo.

Hay que empezar desde lejos. Las razones que han llevado al Tribunal de Justicia a sostener que las situaciones jurídicas subjetiva *favorables* previstas por fuentes de la UE *no autoejecutables*, pero detalladas e incondicionales, deben ser reconocidas a los particulares con independencia de que el Estado las transponga o no se encuentran en el hecho de que los ciudadanos europeos deben poder confiar en que incluso una fuente de la UE que no ha sido adecuadamente implementada a nivel nacional produce efectos verticales directos en favor de los destinatarios de los derechos previstos en ella⁹⁵. Si no fuera así, sufrirían injustamente las consecuencias negativas del incumplimiento de sus obligaciones europeas por parte del Estado.

Por otro lado, resulta cuestionable que una fuente de la UE sin efecto inmediato pueda producir efectos verticales directos *in malam partem* a través de la interpretación. Por un lado, en efecto, parece legítimo considerar que, dentro de los límites de los significados legítimamente atribuibles a la ley penal⁹⁶, el juez sigue siendo siempre libre de utilizar cualquier canon hermenéutico, incluido el de la interpretación conforme al derecho de la UE, no solo *in bonam*, sino también *in malam partem*, remodelando así por interpretación la citada ley no solo restrictiva, sino también extensivamente. Por otro lado, sin embargo, podría considerarse inadecuado que el juez realice una interpretación desfavorable de la ley penal recurriendo a una forma de interpretación sistemática —porque, como se ha señalado anteriormente esta es diferente a

⁹⁵ Véase Tribunal de Justicia, sentencia de 5 de abril de 1975, asunto 148/78, *Ratti*. En esencia, la obligación del Estado de aplicar las directivas se corresponde con el derecho de los individuos a disfrutar de los beneficios de las normas contenidas en ellas, aunque el Estado aún no las haya transpuesto (o no lo haya hecho adecuadamente).

⁹⁶ Es decir, dentro de los límites marcados por la prohibición de la analogía y de la *interpretación contra legem*.

la interpretación conforme⁹⁷— en la que se utiliza como norma parámetro no una norma de la UE con efecto directo (y por tanto equiparable a cualquier norma de Derecho interno desde el punto de vista de su vigencia en el ordenamiento nacional y de la presunción de conocimiento de la misma por parte de los ciudadanos), sino una norma de la UE sin efecto directo (por tanto una norma dirigida al Estado y no a sus ciudadanos, y por tanto legítimamente ignorable por estos). Esta cuestión se tratará con más detalle a continuación. Baste mencionar aquí que una interpretación sistemática de este tipo podría —al menos en principio— carecer de base jurídica y ser imprevisible para el demandado, y por tanto ir en contra del principio de legalidad consagrado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹⁸.

7. FLUCTUACIONES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA LEGITIMIDAD RELATIVA A LA ADMISIBILIDAD DE LAS FORMAS DE INCIDENCIA *IN MALAM PARTEM* DEL DERECHO PENAL DE LA UE

Ya se ha señalado que las fórmulas utilizadas por el Tribunal de Justicia para delimitar el alcance de la interpretación *in malam partem* son muy generales. En consecuencia, son incapaces de evitar no ya solo que aparezcan discrepancias entre diversas jurisdicciones nacionales⁹⁹, sino que también en el interior de cada una de ellas —y, por lo que a nosotros respecta, dentro de la italiana— aparezcan flagrantes discrepancias, favorecidas por lo complejo y controvertido de todo lo relacionado con los efectos, el alcance y los límites de la interpretación conforme al Derecho de la UE.¹⁰⁰

En particular, el panorama en materia de interpretación conforme con efectos desfavorables aparece confuso incluso cuando el estudio se limita a las sentencias de la Corte de Casación italiana. Estas sentencias, dicho sea de paso, inciden en la crisis de la función nomofiláctica de la jurisprudencia de

⁹⁷ Véase *más arriba*, en el apartado 4.

⁹⁸ Véase, *infra*, el párrafo 14.

⁹⁹ La importancia de que el Tribunal de Luxemburgo cumpla con sus tareas interpretativas, “también con referencia a los límites de la interpretación de las disposiciones internas de los distintos Estados miembros” es destacada, entre otros, por T. Epidendio, *Riflessioni teorico-pratiche sull’interpretazione conforme*, en *Dir. pen. cont.* - *Riv. trim.*, 2012, no. 3/4, p. 40.

¹⁰⁰ Sobre los efectos problemáticos y los ámbitos de aplicación de esta interpretación conforme, véase, si lo desea, A. Bernardi, Presentación. *Nei meandri dell’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea*, cit., p. XIV ss. Sobre los límites lógicos y axiológicos de la interpretación conforme véanse, con diversos acentos, V. Manes, *Metodo e limiti dell’interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, cit., p. 17 y ss.; F. Viganò, *Il giudice penale e l’interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, cit., par. 5 y ss.

la Corte, debido a su incapacidad para proporcionar, en esta materia, pautas interpretativas uniformes dotadas de la persuasión necesaria para favorecer la homogeneidad de la jurisprudencia sobre el fondo.

A este respecto, debe señalarse en primer lugar que las sentencias de la Corte Suprema italiana no explican adecuadamente el problema de las posibles diferencias en atención a la existencia o no de efecto directo de las normas europeas, diferencia que como hemos visto es central en las sentencias del TJUE. Como ya se ha señalado¹⁰¹, en algunas sentencias de la Corte, no solo se permite una interpretación extensiva contraria al reo basada en la necesidad de cumplir con las normas de la UE sin efecto directo, sino que, *a la luz* de estos requisitos, se han adoptado incluso soluciones abiertamente analógicas¹⁰², y como tales inadmisibles con independencia del efecto directo o no de las normas europeas de referencia. Existe, por tanto, una jurisprudencia que se inclina por opciones interpretativas desfavorables y sin duda criticables.

Es cierto que, con el paso de los años y con la desaparición de la tendencia —típica de la fase histórica del “euroentusiasmo”— a querer conformar el derecho interno al derecho de la UE a toda costa, la Corte de Casación parece prestar cada vez más atención a los límites inherentes a la restricción de la interpretación conforme *reum*; pero se trata, como veremos enseguida, de una tendencia no exenta de excepciones.

Ejemplo paradigmático de esta línea jurisprudencial es una sentencia de 1997, que —en total concordancia con lo dicho por el Tribunal de Justicia— se ocupó de recordar que “por el respeto debido a los valores fundamentales del ordenamiento y, en primer lugar, al principio de estricta legalidad, que es un principio fundamental reconocido también en el Derecho comunitario (...) el juez no debe invadir el campo de la producción normativa mediante la consideración de una directiva no transpuesta, castigando como delito un hecho no previsto “expresamente” por la ley, sino que debe aplicar las normas incriminatorias tal como son...”¹⁰³. Con esta fórmula la Corte Suprema probablemente pretendía estigmatizar no tanto los efectos puramente extensivos de la interpretación conforme como las derivas analógicas de este canon hermenéutico.

Asimismo, y a la luz de estas consideraciones, a principios de la década de 2000, el Tribunal Supremo italiano negó reiteradamente que, para adaptar la legislación penal italiana a las exigencias del Derecho europeo, la figura del decomiso equivalente pudiera aplicarse no solo al “precio”, que era la única prevista expresamente, sino también al “beneficio” derivado de los delitos de

¹⁰¹ Véase, *supra*, párrafo 6.

¹⁰² Véase, de nuevo, la pluma de Cass. 13 de octubre de 1969, citado anteriormente; Id., 28 de septiembre de 1988, citado anteriormente; Id., 13 de mayo de 1992, citado anteriormente.

¹⁰³ Cass., sez. pen., 28 de octubre de 1997, en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, p. 545, con comentario de S. Riondato.

fraude contemplados en el artículo 640 *quáter del Código Penal*¹⁰⁴. La decisión resultaba obligada, pues la tajante distinción entre ambos términos¹⁰⁵ impedía la “extensión” a menos que, efectivamente, se llevara a cabo una interpretación analógica *in malam partem*.

Sin embargo, en estos mismos años, este planteamiento hermenéutico, aparentemente tan asentado, ha sido abandonado por la Corte de Casación, que ha reconocido la aplicabilidad del decomiso al beneficio, a través de una interpretación “creativa” motivada formalmente por argumentos poco convincentes tanto de orden textual como teleológico¹⁰⁶. Este mismo planteamiento extensivo, con un fuerte olor a analogía, fue confirmado posteriormente en 2005 por la propia Corte, en una decisión de pleno,¹⁰⁷ que, de forma no demasiado velada, basó esta cuestionable opción interpretativa en la necesidad de “alinearse” con las disposiciones de una serie de fuentes europeas de gran importancia, pero que carecían de efecto directo¹⁰⁸. La misma vía hermenéutica fue propuesta de nuevo dos años más tarde, y nuevamente a través de una decisión de pleno, que, al confirmar el concepto más amplio de “precio del delito”, quiso mantenerse de nuevo en línea “con la legislación internacional que siempre ha considerado como objeto de confiscación el producto ilícito, es decir, cualquier ventaja económica derivada del delito”¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Véase Casación penal, sección I, sentencia de 28 de mayo de 2003, RV. 226137; casación penal, sec. II, sentencia de 28 de abril de 2004, n° 4852 y 4853; casación penal, sec. II, sentencia de 15 de febrero de 2005, n° 8717 y 8718; casación penal, sec. II, sentencia de 1 de marzo de 2005, n° 10875.

¹⁰⁵ Sobre este punto véase, muy claramente, V. Manes, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, en *Cass. pen.*, 2010, p. 103.

¹⁰⁶ Casación penal, sec. I, 12 de enero de 2005, n° 9395, RV. 231063. Sin embargo, es muy probable que esta interpretación forzada haya sido inducida por el deseo de remediar de alguna manera un accidente evidente por parte del legislador nacional, “que no se dio cuenta de que la suma de dinero apropiada por el autor de la malversación es clasificable como “beneficio”, y no como “precio” del delito”: F. Viganò, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali*, cit. par. 6.1.

¹⁰⁷ Sentencia de 25 de octubre de 2005, n° 41936.

¹⁰⁸ Se refiere al “Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, hecho en Bruselas el 26 de julio de 1995, al Convenio relativo a la lucha contra la corrupción en la que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 26 de mayo de 1997, y al Convenio de la OCDE relativo a la lucha contra la corrupción de los agentes públicos extranjeros en las transacciones económicas internacionales, con su anexo, hecho en París el 17 de diciembre de 1997”: así Sez. Un., sent. 25 de octubre de 2005, n° 41936, cit.

¹⁰⁹ Así, el Tribunal de Casación Penal, Sez. Un., 25 de octubre de 2007, núm. 10280, que prosigue: “Basta con recordar la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988 sobre el tráfico ilícito de drogas, que prevé el decomiso del producto del delito definido como todo bien derivado directa o indirectamente de la comisión de un delito. Los mismos conceptos se expresan en el Convenio sobre la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (París, OCDE, 17 de diciembre de 1997). Por último, la Decisión marco de la UE sobre el decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, de 24

Como es sabido, posteriormente, en 2009 el pleno negó la legitimidad de esta interpretación¹¹⁰ (y con ello del proceso hermenéutico de concreción de este elemento normativo) recordando tanto los mencionados principios sancionados por el Tribunal de Justicia en materia de interpretación conforme, como la constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de efectos constitutivos o agravantes de la responsabilidad penal. De este modo, la decisión del pleno (Sezioni Unite) —con el aplauso de la mejor doctrina¹¹¹, llegó a la conclusión “de que la utilización de la legislación supranacional, a efectos de integración de elementos normativos queda excluida cuando — como ocurriría en el caso que nos ocupa— los resultados de tal exégesis se traducen en una interpretación *in malam partem* del código penal nacional”. La decisión revela, en cualquier caso, una preocupante tendencia a adoptar, de vez en cuando, posiciones cuando menos “no simétricas”¹¹². La doctrina sentada en esta ocasión, se produce, sin embargo, por un lado al final de toda una serie de argumentos centrados exclusivamente en los límites de los efectos producidos, en la interpretación e integración de las normas penales, por las fuentes de la UE carentes de efecto directo, por otro lado, se hace en relación con un caso no tanto de interpretación extensiva como de analogía con efectos desfavorables. Por tanto, no debe descartarse la hipótesis de que, en el pensamiento de las Sezioni Unite, la exclusión del “uso de la legislación supranacional” a efectos de interpretación *in malam partem* deba entenderse con referencia exclusiva a las fuentes de la UE que necesitan ser transpuestas (y, por tanto, no se refiere a los reglamentos); o, más aún, deba entenderse con respecto no tanto a la interpretación extensiva como a la interpretación *praeter legem* y por tanto analógica.

Un argumento a favor de la validez de esta hipótesis parece ofrecerlo el examen de algunas sentencias de la Corte de Casación posteriores a la última de las sentencias mencionadas. De hecho, incluso después de 2009 “no es infrecuente encontrarse con sentencias [de la Corte Suprema] que teorizan una *interpretación programáticamente extensiva* de ciertos requisitos como, por ejemplo, la prescripción, anclada en la supuesta necesidad de no socavar la eficacia del Derecho de la UE”¹¹³. Una interpretación, por tanto, claramente

de febrero de 2005, también define los productos del delito como cualquier ventaja económica derivada del delito”.

¹¹⁰ Cf. Casación penal, sec. Un., 25 de junio de 2009, n° 38691.

¹¹¹ Cf. F. Viganò, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali*, cit., par. 6.1. El autor, en este caso, aplaude no el rechazo de una interpretación extensiva de acuerdo con el derecho de la UE, sino la desautorización de una abusiva “integración del sistema *praeter legem*” que da lugar a una “analogía desfavorable para el delincuente” en claro contraste con el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

¹¹² Tomando el término utilizado por P. Silvestri, *La nozione di profitto confiscabile nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione*. Roma, 17 de junio de 2014, p. 27, en https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_pen_41_14.pdf.

¹¹³ C. Ruga Riva, *Diritto penale dell'ambiente*, 4ª ed., Turín, 2021, p. 25. El autor cita, en particular, la sentencia del Tribunal de Casación Penal, sección III, de 18

orientada a garantizar el cumplimiento de los compromisos adquiridos en el seno de la Unión Europea, pero que, sin embargo, ha suscitado la preocupación de algunos comentaristas¹¹⁴.

8. ENTRE EL PROTECCIONISMO, EL NACIONALISMO Y EL EUROPEÍSMO: LAS DIFERENTES POSICIONES DOCTRINALES SOBRE LA LICITUD DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL DE MALA FE

Pasando finalmente al examen de las posiciones adoptadas por la doctrina sobre la interpretación *in malam partem* 115, lo primero que debe advertirse es que se trata de una cuestión más compleja de lo que parece a primera vista. En efecto, aunque tras una primera lectura puede decirse que en la actualidad hay dos posturas claramente opuestas, una contraria y otra favorable, no suele ser fácil captar el pensamiento exacto de los distintos autores en cuanto a la admisibilidad o no de los citados efectos *in malam partem*, ya que o no se expresan en su totalidad, o son deliberadamente vagos, o están todavía en proceso de desarrollo.

Además, quienes aceptan que pueden producirse efectos desfavorables de la interpretación conforme a la UE (así como la integración de sus elementos normativos por el Derecho de la UE)¹¹⁶ suelen centrar su atención en los casos relativos a las normas de la UE contenidas en reglamentos, y que son por tanto directamente aplicables. Por el contrario, quienes niegan la admisibilidad de tales efectos suelen hacerlo refiriéndose esencialmente a normas de la UE que *carentes de efectos directo*. Hace ya años¹¹⁷, para apoyar la primera de estas dos tesis, me centré en los efectos¹¹⁸ que sobre la noción de secreto pro-

de febrero de 2010, núm. 13493, según la cual, con respecto a la noción de residuo, “siempre es necesaria una interpretación extensiva debido a los principios de precaución y prevención expresados por la legislación de la UE en la materia”. Asimismo, el *Tribunal de Casación Penal*. Igualmente, *Tribunal de Casación Penal*, sección III, 13 de abril de 2011, n° 16727; *Tribunal de Casación Penal*, sección III, 25 de mayo de 2011, n° 34753.

¹¹⁴ Véase, con referencia específica a la pluma de *Cass. III, 13 de abril de 2011*, n° 16727, citado anteriormente, C. Ruga Riva, *¿L'inquinatore nuovo tipo di autore?* en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1092.

¹¹⁵ Sobre este tema, véase, para todos, *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, editado por F. Sgubbi y V. Manes, Bolonia, 2007.

¹¹⁶ Siempre que, por supuesto, tales efectos no se deriven de interpretaciones análogicas o *contra legem*.

¹¹⁷ Véase A. Bernardi, *Codificazione penale e diritto comunitario*, Ferrara, 1996, p. 49 y ss.

¹¹⁸ Efectos, para ser más precisos, tanto de la “extensión directa” (que tiene lugar en los casos en que el Derecho primario y secundario de la UE establece que determinados bienes comunitarios están protegidos por normas de Derecho penal interno destinadas a proteger los correspondientes bienes nacionales: sobre esta forma de ex-

fesional, desplegaba el artículo 19.1.1 del Reglamento 1468/81¹¹⁹, el artículo 10.4 del Reglamento 1681/94¹²⁰ y el artículo 10.4 del Reglamento 1831/94¹²¹.

En cuanto a la integración de los elementos normativos con efectos extensivos, Rosaria Sicurella y yo mismo, al apoyar la admisibilidad de dicha integración, hemos tomado repetidamente como ejemplo el artículo 516 del Código Penal, que castiga la venta de productos alimenticios no genuinos. La no genuinidad/no-genuinidad de un alimento se deriva a menudo de la violación de las normas técnicas establecidas en los reglamentos de la UE, que a menudo resultan más estrictas (y por lo tanto producen efectos desfavorables) que las normas técnicas nacionales vigentes en el momento de la promulgación del art. 516¹²². Otro ejemplo que he utilizado con frecuencia, para mostrar los efectos del Derecho de la UE sobre el Derecho penal interno, ha sido el del artículo 5 de la Ley 283/1962, cuyas letras *e*) y *f*), ya derogadas, prohibían la preparación y venta de productos alimenticios adulterados o coloreados con colorantes no autorizados. El ámbito de aplicación de esta infracción se ha ido extendiendo a lo largo de los años en la medida en que el Derecho alimentario europeo ha ido aumentando el número de sustancias prohibidas en relación con la preparación o coloración de las sustancias a las que se refiere este precepto.

Por otra parte, la crítica a la interpretación *in malam partem* de las tipos penales por parte de Gaetano Insolera y, sobre todo, de Vittorio Manes, se ha referido habitualmente a normas europeas que *carecen de efecto directo*¹²³ y,

tensión del Derecho penal, véase, de nuevo, A. Bernardi, *Codificazione penale e diritto comunitario*, cit. p. 44 y ss.) como de la extensión por interpretación.

¹¹⁹ Reglamento 1468/81 CEE del Consejo, de 19 de mayo de 1981, *relativo a la asistencia mutua entre las autoridades administrativas de los Estados miembros y a la colaboración entre estas y la Comisión con objeto de asegurar la correcta aplicación de las reglamentaciones aduanera y agraria*.

¹²⁰ Reglamento (CE) 1681/94 de la Comisión, de 11 de julio de 1994, *relativo a las irregularidades y a la recuperación de las sumas indebidamente pagadas en el marco de la financiación de las políticas estructurales, así como a la organización de un sistema de información en este ámbito*.

¹²¹ Reglamento (CE) n° 1831/94 de la Comisión, de 26 de julio de 1994, *relativo a las irregularidades y a la recuperación de las sumas indebidamente pagadas en el marco de la financiación del Fondo de Cohesión, así como a la organización de un sistema de información en este ámbito*.

¹²² Véase R. Sicurella, *Criminal Law and EU Competences. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali*, Milano, 2005, cap. I, par. 4.; A. Bernardi, *La tutela penal del medio ambiente in Italia: prospettive nazionali e comunitarie*, cit., p. 84 ss.; Id., *profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentare*, cit., p. 149 ss.

¹²³ Cf. G. Insolera, V. Manes, La sentencia del Tribunal de Justicia sobre la “contabilidad falsa”: un epílogo ¿Decepcionante? en *Cass. pen.*, 2005, p. 2775; y, aunque con diferentes matices que se encuentran en los trabajos individuales, V. Manes, *L’incidenza delle “decisioni-quadro” sull’interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, en *Cass. pen.* 2006/3, párrafo 3.2; Id. *No hay interpretación conforme al derecho comunitario con efectos in malam partem*, citado anteriormente, p. 101

en particular, a normas contenidas en decisiones marco, actos de Derecho derivado donde solo en 2005, tras la famosa sentencia *Pupino* del Tribunal de Justicia, se reconoció la obligación de interpretación conforme¹²⁴, respetando además los límites habituales sancionados por este Tribunal. Por lo tanto, resulta razonable pensar que aunque esta posición doctrinal mantenga una opinión diversa, posteriormente la matizara, por referirse a normas diversas desde el punto de vista de la interpretación conforme. La dificultad de captar el pensamiento exacto de cada uno de los autores sobre el tema de la interpretación conforme con efectos desfavorables deriva de ciertos silencios, no se sabe exactamente si accidentales, o de las dudas o segundas reflexiones de algunos de ellos, en algunos casos explicitadas¹²⁵, en otros deducibles solo leyendo sus obras sobre el tema en paralelo¹²⁶.

En cualquier caso, el examen de la doctrina italiana revela una realidad más articulada de lo que generalmente se supone. A este respecto, renunciando a una exposición minuciosa de todas las variables que pueden encontrarse en el pensamiento de cada uno de los autores¹²⁷, nos limitaremos aquí a señá-

y ss; Id., *Método y límites de la interpretación conforme a las fuentes supranacionales en materia penal*, citado anteriormente, p. 26 y ss; Id., *El juez en el laberinto. El juez en el laboratorio. Perfiles de las intersecciones entre el derecho penal y las fuentes supranacionales*, cit., p. 63 y ss.

¹²⁴ Véase Tribunal de Justicia, sentencia de 16 de junio de 2005, C-105/03, *Pupino*, citada anteriormente, apartados 44-45.

¹²⁵ A este respecto, es emblemático el comentario de C. Sotis, quien, tras haber negado resueltamente, en un trabajo monográfico de 2007 (*Il diritto senza codice* cit., p. 220 y ss.), “la legitimidad de las hipótesis con efectos expansivos en las que la norma comunitaria que complementa la norma incriminatoria nacional sustituye a la disciplina precedente (nacional o comunitaria)”, en un trabajo posterior de 2011 (C. Sotis, M. Bosi, *Il bizzarro caso dei pesci “in malam partem”. Osservazioni in tema di pesca del novellame sui rapporti tra disapplicazione dell’atto amministrativo (di favore) contrario alla legge e non applicazione della norma nazionale (di favore) contrastante con il diritto comunitario*, cit., p. 8, nt. 23), se encarga de resaltar su cambio de punto de vista: “afinamos, pues, en este trabajo una afirmación excesivamente clara que uno de nosotros había hecho en esa publicación, de la que se desprendía que en caso de sustitución de la legislación comunitaria a la sublegislativa nacional, no se permitía ningún margen de maniobra en clave expansiva. Esta afirmación, en una lectura más meditada, nos parece que debe aclararse y diluirse, en efecto, tanto en caso de sustitución de la legislación comunitaria (técnica) a la legislación comunitaria anterior como en caso de sustitución de la legislación comunitaria (técnica) a la legislación nacional anterior, debe concederse un margen de admisibilidad para las hipótesis en las que el criterio y los objetivos técnicos fijados siguen siendo (...) válidos”.

¹²⁶ Por ejemplo, en algunos de sus trabajos (citados anteriormente, *sub* nt. 151) Vittorio Manes parece oscilar entre dos posibilidades: la de excluir la posibilidad de interpretación *in malam partem* solo respecto a las fuentes legislativas de la UE que necesitan ser transpuestas; la de generalizar esta exclusión a todo tipo de fuentes de la UE.

¹²⁷ Por ejemplo, sobre los límites de la admisibilidad de la integración del derecho penal por el derecho de la UE, véase el articulado pensamiento de C. Sotis, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, cit., p. 214 y ss.

lar que en la actualidad existen esencialmente tres puntos de vista en los que se centra el debate doctrinal actual, a saber: la que excluye de entrada, con respecto a cualquier fuente de la UE, la interpretación conforme del delito y la aplicación de sus elementos normativos con efectos desfavorables (*a*); la que admite la interpretación conforme con efectos *in malam partem* con referencia a cualquier norma de la UE, siempre que precisamente tales efectos no supongan una aplicación analógica (*b*); la que, dentro de los límites que se acaban de mencionar, acepta la interpretación conforme del delito y/o la aplicación de sus elementos normativos con efectos adversos solo en relación con las fuentes dotadas de efecto directo la UE (*c*).

a) El primero de estos tres puntos de vista, que es a la vez ultra-garantista y nacionalista como después se mostrará más detenidamente¹²⁸, es el mantenido, por ejemplo, por Vittorio Manes cuando afirma que la prohibición de interpretación *in malam partem* en materia penal opera no solo en relación con las normas contenidas en las fuentes de la UE destinadas a ser transpuestas al derecho interno, sino también en relación con las normas de la UE con efecto directo¹²⁹; o incluso, utilizando una fórmula diferente pero con el mismo contenido, niega (y hace negar al Tribunal de Justicia) que todas las “fuentes de la UE puedan producir *efectos inculpativos o agravantes* en materia penal”¹³⁰. El mismo punto de vista es compartido por Vico Valentini, quien excluye la operatividad de la prevalencia y eficacia directa del derecho comunitario, incluso respecto de las fuentes autoaplicativas y su interpretación “auténtica”, en los casos en que la “*primaute* revierte en perjuicio del infractor”¹³¹. También en esta misma línea se sitúa Elio Belfiore cuando, en claro desacuerdo con una sentencia de la Corte de Casación sobre cuestiones similares¹³², ironiza señalando que “la práctica de la ‘interpretación conforme’ solo está permitida cuando sirve para conseguir efectos punitivos”¹³³, sugiriendo que la legitimidad de esta práctica debería, por el contrario, estar relacionada únicamente con la persecución de efectos favorables al acusado.

¹²⁸ En la medida en que pretende que prevalezca siempre y en todo caso el principio de *favor rei*; principio que, como sabemos, da mayor importancia al interés del acusado que a cualquier otro interés que se encuentre en el proceso (en este caso, el interés en la cooperación leal de los Estados miembros con la Unión Europea para garantizar la eficacia del Derecho de la UE).

¹²⁹ V. Manes, *Método y límites de la interpretación conforme a las fuentes supranacionales en materia penal*, cit. p. 21.

¹³⁰ V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili de las intersecciones entre el derecho penal y las fuentes supranacionales*, cit., p. 64.

¹³¹ V. Valentini, *Legalità penale convenzionale e obbligo d'interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE*, *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2012, n. 2, p. 169.

¹³² Cass., sez. III pen., 7 de mayo de 2009. Esta es, de hecho, la sentencia en la que se impone la inaplicación, por contraste con el derecho de la UE, de la legislación nacional a favor en relación con la cuestión tantas veces mencionada del pescado *in malam partem*.

¹³³ E.R. Belfiore, *Tribunales nacionales y tribunales europeos: inaplicación antiliberal y conformación in malam partem*, en *DisCrimen*, 1 de septiembre de 2021, p. 18.

Podrían continuar los ejemplos de autores que niegan cualquier tipo de contribución desfavorable del Derecho de la UE en materia penal. Baste mencionar, para todos ellos, a Caterina Paonessa, que hace suya incondicionalmente la tesis jurisprudencial según la cual “la utilización de la legislación supranacional, con el fin de completar los elementos normativos, queda excluida cuando [...] los resultados de tal exégesis dan lugar a una interpretación *in malam partem* del código penal nacional”¹³⁴.

b) El segundo punto de vista —en base al cual, recordemos, la interpretación del código penal con efectos *in malam partem*, si respeta los límites marcados por la letra de la ley penal, es admisible con referencia a cualquier norma de la UE, y por lo tanto a normas de efecto directo autoejecutables, resulta ampliamente compartido—. En efecto, aunque no existe un consenso tan amplio y creciente como a la tesis anterior, este punto de vista sigue siendo defendido por buena parte de la doctrina que se ocupa del Derecho penal europeo, que considera que no existen razones de peso para negar que la interpretación conforme pueda derivarse de cualquier tipo de norma, a partir de una interpretación sistemática o cualquier otro tipo de canon interpretativo (literal y lógico, histórico y evolutivo, sistemático y teleológico, extensivo y restrictivo)¹³⁵).

Así, Francesco Viganò, tras excluir los casos de analogía desfavorables para el reo, se muestra favorable a admitir formas de interpretación extensiva inducidas por la necesidad de cumplir con las obligaciones de la UE en materia de decomiso, pese a estar recogidas por normas europeas carentes de efecto directo¹³⁶. De este modo, comparte la interpretación amplia del concepto de “beneficio del delito” aceptada por el pleno de la Corte de Casación¹³⁷ a la luz de la definición de “producto del delito” contenida en una Decisión Marco de 2005¹³⁸. Asimismo, el mismo autor considera legítimo la interpretación extensiva del concepto de *pornografía infantil virtual* a partir de lo dispuesto en la Decisión marco de 2004¹³⁹. De acuerdo con su art. 1 que considera pornografía las *imágenes realistas de un niño inexistente involucrado o implicado* en una conducta sexualmente explícita¹⁴⁰, mantiene que el concepto de pornografía influye no solo “las imágenes que representan a

¹³⁴ C. Paonessa, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa in el ámbito de los vinos institucionales y comunitarios*, Pisa, 2009, p. 263. La cita está tomada de Cass. pen., Sez. Un., 25 de junio-6 de octubre de 2009, n° 38691, cit.

¹³⁵ Si, por supuesto, la interpretación restrictiva se refiere a una norma de derecho penal perteneciente a la categoría heterogénea de normas favorables.

¹³⁶ Véase F. Viganò, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali*, cit., par. 6.1.

¹³⁷ Cass. pen., Sez. Un. 6 de marzo de 2008, n° 10280.

¹³⁸ Se refiere a la Decisión Marco 2005/212/JAI de la UE, de 24 de febrero de 2005, *relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito*.

¹³⁹ Decisión marco 2004/68/JAI *relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil*.

¹⁴⁰ Artículo 1(iii) de la Decisión Marco en cuestión.

niños reales, asociadas mediante técnicas de elaboración gráfica a situaciones *ficticias* (pornográficas), aunque sean realistas”, sino también “las imágenes que representan a *niños inexistentes* en situaciones pornográficas también *ficticias*”¹⁴¹.

Igualmente, en aras de una adecuada protección del Derecho de la UE, Giandomenico Salcuni considera admisible una interpretación conforme con efectos extensivos de los supuestos previstos en los artículos 452 *bis*, 640 *bis*, 640 *quáter*, y del artículo 131 *bis* en los casos de “exclusión de la punibilidad por particular levedad del hecho”¹⁴². En ambos casos aclara que las normas de la EU que desencadenan esta interpretación carecen de efecto directo¹⁴³.

Asimismo, adhiriéndose a lo declarado por la Corte de Casación en una de sus sentencias de 2010¹⁴⁴, Anna Maria Maugeri, considera que “para lograr una armonización directa de las legislaciones penales de los Estados miembros, se podría admitir también una interpretación extensiva de un elemento normativo (aunque con efectos *in malam partem*) de acuerdo con las fuentes europeas, dentro de los límites del respeto al principio de taxatividad y de

¹⁴¹ Véase, de nuevo, F. Viganò, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali*, citado anteriormente, par. 6.1.

¹⁴² En el presente caso, sin embargo, más que de una verdadera y propia interpretación, parece adecuado hablar de una inaplicación parcial de la “exclusión de la punibilidad por tenuidad particular del hecho”. Al mismo tiempo, G. Salcuni (en *Criminal cultures compared: national criminal law vs European criminal law*, en *Arch. giur.*, 2011, p. 37) informa —con referencias bibliográficas precisas— de casos de condena del acusado en virtud de los artículos 15 co. 1 lett. c) y 24 co. 1 de la ley n° 963 de 14 de julio de 1965 relativa a la *Disciplina de la pesca marítima*, resultantes de la inaplicación por el Tribunal de Casación de “los artículos 86-91 D.P.R. 1639/1968, que constituían —a nuestro juicio— una causa de exclusión del tipo” (*ibíd.*). En cualquier caso, los casos a los que nos referimos aquí están vinculados a los casos de interpretación conforme antes mencionados por los efectos desfavorables que les produce la legislación comunitaria.

¹⁴³ Por ejemplo, en lo que respecta a la inaplicación del artículo 131 *bis* del Código Penal. En opinión del autor, las normas de la UE capaces de circunscribir el funcionamiento de la institución de la “exclusión de la punibilidad debido a la especial tenuidad de la infracción” se encuentran, además del Reglamento (CE) n.º 338/97 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio, en la Directiva 92/43/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 1992, relativa a la protección de especies de la fauna y flora silvestres (1). 338/97 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativa a la *protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio*, la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, *relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres*, la Directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, *relativa a la conservación de las aves silvestres*, la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, *relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido* y la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, *relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal*.

¹⁴⁴ Cass., 30 de septiembre de 2010, n° 42701, en <http://dejure.giuffre.it>.

la prohibición de la analogía en materia penal”¹⁴⁵. La citada autora entiende que, en la citada sentencia, la fuente europea que se considera capaz de desencadenar una interpretación tan extensiva es el Convenio de la OCDE contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros; fuente, por tanto, no directamente aplicable en el derecho interno, ya que, como cualquier otro convenio en materia penal, requiere disposiciones nacionales de aplicación.

Por último, cabe señalar que este punto de vista parece ser aceptado también por la manualística más prestigiosa. Así, Giorgio Marinucci, Emilio Dolcini y Gian Luigi Gatta afirman que “El juez (...) tiene el deber de interpretar las leyes nacionales, *también en materia penal*, de manera coherente con la letra y la *ratio de* las obligaciones internacionales que vinculan al Estado italiano. Siempre que el *contenido literal de* la ley italiana lo permita, el juez deberá, por tanto, optar por una interpretación de las leyes internas que armonice con las fuentes internacionales, en lugar de por interpretaciones que entren en conflicto con las obligaciones derivadas de las mismas, también para evitar exponer al Estado italiano a una posible responsabilidad a nivel internacional con su decisión”¹⁴⁶. A falta de una distinción entre interpretación conforme *in bonam* o *in malam partem* y entre fuentes internacionales *autoejecutables* y *no autoejecutables*, es legítimo pensar que para estos autores la restricción de conformidad interpretativa existe siempre.

c) El tercer punto de vista —según el cual la interpretación conforme del tipo penal y/o la aplicación de sus elementos normativos con efectos *in malam partem* son admisibles exclusivamente para adaptar el sistema penal nacional a las normas de la UE autoejecutables— parece estar ganando cada vez más consenso. Recordemos, que además parece ser que es por el que se inclina, aunque con decisiones aun bastante generales, el TJUE. Esta posición es la que mantiene, por ejemplo, últimamente Carlo Sotis, que —como ya se ha mencionado— en un interesante artículo declara haber abandonado la concepción destinada a excluir cualquier forma de impacto en el caso penal con efectos desfavorables por parte de las normas de la UE de carácter técnico¹⁴⁷. Incluso Vittorio Manes, en ocasiones, al defender el “principio de que, en materia penal, quedan excluidas las repercusiones agravantes basadas en fuentes supranacionales *no transpuestas*”¹⁴⁸, parece admitir implícitamente que las normas autoaplicativas de la UE pueden dar lugar a tales repercusiones.

No obstante, Giovanni Grasso es sin duda el autor italiano que en primer lugar y mejor ha puesto de manifiesto cómo en materia penal los “efectos

¹⁴⁵ A.M. Maugeri, *La dictación de incostitucionalidad de una norma por la violación de obligaciones comunitarias ex art. 11 y 117 Cost.: ¿si aprono nuove prospettive?*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1139. Igualmente, véase A.M. Maugeri, *La confiscación por equivalencia —ex art. 322-ter— entre las obligaciones de interpretación conforme y las necesidades de racionalización*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pg. 791 ss.

¹⁴⁶ *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Milán, 2021, p. 60.

¹⁴⁷ Véase, *supra*, nt. 153.

¹⁴⁸ V. Manes, *Il giudice nel labirinto*, cit., cap. II, par. 4.2.2 (énfasis añadido).

comunitarios desfavorables” solo pueden derivarse de las normas comunitarias *autoejecutables*. Tras aclarar que, en cuanto a la “contribución de las fuentes de la UE a la formación del precepto penalmente sancionado (...) no puede atribuirse a la legislación de la UE un papel más modesto y marginal que el de la legislación nacional”¹⁴⁹, Grasso ya en los años ochenta señaló que el ámbito de aplicación de determinadas infracciones penales puede ampliarse mediante normas “técnicas” contenidas en los reglamentos de la UE, que —como es sabido— suelen imponer limitaciones más estrictas que las previstas en las normas “técnicas” nacionales anteriores a las que sustituyen. Sin embargo, Grasso también recordó que no se puede producir un “efecto desfavorable” por la *no autoejecución* de las normas de la UE: el “principio según el cual las disposiciones de la directiva deben servir para interpretar las prescripciones de la legislación interna correspondiente encontraría un límite en materia penal (...) en los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad; en definitiva, también habría que excluir que la directiva no aplicada pueda suponer una modificación en sentido desfavorable para el particular de la interpretación de disposiciones incriminatorias preexistentes”¹⁵⁰.

9. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA DE LA INTERPRETACIÓN CONFORME AL DERECHO DE LA UE CON EFECTOS DESFAVORABLES

En general, puede decirse que la doctrina italiana no ha dedicado mucho tiempo a examinar los argumentos que sustentan los diferentes puntos de vista que existen sobre el tema en cuestión. En todo caso, quienes sostienen la tesis tendente a excluir que cualquier fuente de la UE pueda apoyar una forma de interpretación conforme del delito con efectos desfavorables, o pueda aplicar los elementos normativos del citado delito con efectos similares, esgrimen argumentos de diversa índole, que se pueden reconducir esencialmente: *a) a la ausencia de una competencia directa de la UE en materia penal; b) a la necesidad de democracia de las fuentes que afectan a la materia penal; c) a la necesaria previsibilidad de la interpretación de las normas penales.*

a) Sobre la base del primer argumento, la inadmisibilidad de cualquier efecto desfavorable derivado tanto de la interpretación “comunitaria” del de-

¹⁴⁹ G. Grasso, *Comunidades Europeas y Derecho Penal. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, cit., p. 294. A este respecto, la referencia de este autor a la letra f) del artículo 5 de la Ley 283 de 1962 es ineludible. Según esta disposición, se prohibía la venta de productos alimenticios: f) coloreados artificialmente cuando el colorante artificial no está autorizado o, si está autorizado, sin respetar las normas prescritas. La prohibición de utilizar determinadas sustancias colorantes con fines alimentarios y los requisitos para su uso podrían establecerse en normas de la UE (que podrían ser más estrictas que las normas nacionales a las que sustituyen).

¹⁵⁰ G. Grasso, *Comunidades Europeas y Derecho Penal. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, cit., p. 302.

lito como de la aplicación de los elementos normativos de dicho delito por parte de las normas de la UE se fundamentaría, en primer lugar, en que “los Estados miembros individuales no han aceptado ninguna “limitación de la soberanía” (artículo 11 de la Constitución) consistente en la posibilidad *directa e inmediata, por parte de la Unión*, de establecer o modificar los términos de la responsabilidad penal de los individuos”¹⁵¹. Este argumento, sin embargo, no resulta en absoluto convincente. Baste pensar en el hecho de que, como es sabido, aunque las regiones de nuestro país carecen de jurisdicción penal ello no impide en absoluto que las fuentes regionales incidan, incluso desfavorablemente, en la interpretación o integración del tipo penal, como por ejemplo en el caso de que contribuyan a precisar las normas cautelares pertinentes en el marco de los delitos culposos¹⁵². Por lo tanto, si “las leyes regionales son capaces de complementar el precepto penal (...) en una función “incriminatoria”¹⁵³, no está claro por qué se debe negar tal idoneidad a las fuentes de la UE por la falta de jurisdicción penal directa de la organización que las promulga.

b) Tampoco resulta persuasivo el recurso al principio de legalidad/democracia de las leyes penales, en parte por razones similares a las mencionadas en el punto a). Pero además, y en primer lugar, porque tras el Tratado de Lisboa, tanto el Parlamento Europeo como los parlamentos nacionales han visto reforzado su papel en el proceso de adopción de las fuentes comunitarias¹⁵⁴. Resulta poco generoso con la Unión Europea negar su proceso de democratización, denunciando la falta de legitimidad democrática del Parlamento Europeo y el papel marginal de los parlamentos nacionales. En segundo lugar, porque, aun suponiendo que las normas de la UE carezcan de plena legitimidad democrática, parecería incongruente pretender que no pueden tener un efecto desfavorable en las causas penales nacionales, cuando tal efecto se reconoce en normas internas sublegislativas (estas últimas, mucho más que las fuentes europeas, carentes de legalidad democrática)¹⁵⁵. Por no hablar de

¹⁵¹ V. Manes, *Il giudice nel labirinto*, cit., cap. II, par. 4.2.1.

¹⁵² Destaca que el papel de las fuentes regionales en la valoración de la culpabilidad “es tradicionalmente considerado legítimo tanto por el Tribunal Constitucional como por la doctrina” C. Ruga Riva *Diritto penale, Regioni e territorio. Tecniche, funzione e limiti*, Milán, 2012, p. 58 ss. y en ella referencias jurisprudenciales y doctrinales puntuales.

¹⁵³ V. Napoleoni, *Riserva di legge e norme regionali in materia penale*, en [https://www.treccani.it/enciclopedia/riserva-di-legge-e-norme-regionali-in-materia-penale_\(Il-Libro-dell'anno-del-diritto\)](https://www.treccani.it/enciclopedia/riserva-di-legge-e-norme-regionali-in-materia-penale_(Il-Libro-dell'anno-del-diritto)), 2015, par. 2.3.

¹⁵⁴ Sobre la opinión aún vigente de que al menos el llamado procedimiento legislativo ordinario, previsto para la mayoría de las fuentes legislativas de la UE, tiene un carácter suficientemente “democrático”, véase, si se desea, A. Bernardi, *La competenza penale accessori dell'Unione europea: problemi e prospettive*, en *Dir. pen. cont. - Ribetado. Riv. trim.*, fasc. 1/2021, p. 58 ss.

¹⁵⁵ Basta pensar en el delito de “Producción, tráfico y tenencia ilícita de sustancias estupefacientes o psicotrópicas previsto en el artículo 73 del Texto Refundido de la Ley de Estupefacientes (Decreto del Presidente 309/1990 y posteriores modificacio-

que no faltan casos en los que la interpretación *in malam partem* de las causas penales viene determinada por simples fuentes de *soft law* lanzadas por organismos privados o autoridades administrativas¹⁵⁶.

Por otro lado, en lo que se refiere específicamente a la interpretación conforme al Derecho de la UE que produce efectos *in malam partem*, debe señalarse que la falta de persuasión deriva también del hecho de que a diferencia de la actividad legislativa en materia penal, la actividad interpretativa no está sujeta a restricciones derivadas del principio democrático más allá de las impuestas por el contenido literal de las normas penales aprobadas respecto de la reserva de ley. En particular, las personas designadas para esta actividad no son elegidas “democráticamente”, ya que en Italia (como en la mayoría de los Estados europeos) los jueces no son elegidos, sino que ejercen sus funciones tras superar un concurso público; los criterios interpretativos utilizados por el juez penal no son necesariamente “democráticos”, ya que en el marco de estos criterios entran en juego factores “valorativos”¹⁵⁷ que nada tienen que ver con el principio democrático, como ideas, orientaciones, meros puntos de vista, convicciones de distinta matriz (ética, política, sociológica)¹⁵⁸. Por

nes), que para la identificación concreta de las sustancias que deben considerarse estupefacientes remite a un decreto del Ministerio de Sanidad que prevé y actualiza las tablas que contienen la indicación de las citadas sustancias (véase el artículo 13 del Texto Refundido).

¹⁵⁶ Así, por ejemplo, se ha señalado que las disposiciones de bastantes códigos deontológicos sobre el tema de los “regalos y otros beneficios” (véase el art. 9 del código deontológico de la Autoridad de la Energía Eléctrica y el Gas; el art. 6 del código deontológico de la Autoridad de las Garantías en las Comunicaciones; el art. 9 del código deontológico de la Autoridad de la Competencia y el Mercado; el art. 7 del código de conducta de la Autoridad de Supervisión de las Obras Públicas), que tienen por objeto prohibir la aceptación de regalos de valor inferior por parte de las personas que operan en los sectores que son competencia de estas Autoridades, conducen a una interpretación extensiva de las disposiciones del código deontológico de la Autoridad para la supervisión de las obras públicas) destinado a prohibir la aceptación de regalos de valor insuficiente por parte de las personas que operan en los sectores que son competencia de dichas Autoridades- conducen a una interpretación extensiva de los artículos 318 y 320 del Código Penal sobre la corrupción por actos de cargo; artículos que castigan al funcionario público o al responsable de un servicio público “que, para realizar un acto de su cargo, reciba, para sí mismo o para un tercero, en dinero u otros beneficios, una remuneración que no le corresponde, o acepte la promesa de dicha remuneración”. Véase, a este respecto, R. Brandolin, *Autorità amministrative indipendenti e codici di comportamento*, en <http://www.costituzionale.unige.it/dottorato/BRANDOLIN.html>. Sobre la influencia que ejercen las normas de *soft law* en la interpretación de las causas penales, véase, en general, A. Bernardi, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, en *Scritti in onore di Mario Romano*, Milano, 2010, vol. I, p. 1. I, p. 31 y ss. y p. 40 y ss.

¹⁵⁷ Sobre este punto, véase ya L. Caiani, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padua, 1954, en particular p. 287 y ss.

¹⁵⁸ Véase, por ejemplo, G. Fiandaca, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, en *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Nápoles, 2001, p. 299 ss.

último, como ya se ha mencionado, muchas normas que pueden afectar a la interpretación del derecho penal (normas administrativas, normas *de derecho indicativo*, etc.) no están legitimadas democráticamente.

c) Mucho más importante es el último de los argumentos citados, que pretende negar la posibilidad de que las normas de la UE desencadenen una interpretación conforme a los supuestos penales que produzca efectos desfavorables para los acusados, en nombre de los corolarios del principio de legalidad relativos tanto a la accesibilidad de las tipos penales como de las normas que los complementan y la previsibilidad de las decisiones jurisprudenciales que las utilizan. Su punto de partida es que las normas de la UE no son accesibles para el ciudadano, por lo que una posible interpretación extensiva del derecho penal basada en ellas sería imprevisible para los destinatarios de las mismas¹⁵⁹, y por lo tanto prohibida por el artículo 7 del CEDH según la interpretación que ha hecho constantemente el CEDH¹⁶⁰. Este argumento solo resulta convincente —en las condiciones que veremos¹⁶¹— en relación con normas de la UE contenidas en fuentes *no autoejecutables*, que imponen obligaciones al Estado y no al particular, de modo que este está legitimado para ignorarlas y, por tanto, para no imaginar las consecuencias *in malam partem* que producen en la interpretación del caso penal. La tesis de la inaccesibilidad de las normas comunitarias *autoejecutables*, que se dirigen a los particulares del mismo modo que las fuentes de derecho interno y se publican en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, adquiriendo así un nivel de accesibilidad formalmente equivalente al de los instrumentos normativos nacionales, no parece seriamente sostenible.

A la luz de lo expuesto hasta ahora, es legítimo pensar que la solución dirigida a negar de raíz cualquier hipótesis de interpretación conforme al Derecho de la UE con efectos desfavorables —que, por otra parte, como se ha comprobado anteriormente, es frecuentemente despreciada incluso por nuestra jurisprudencia de legitimidad¹⁶²— carece de argumentos sólidos y está consciente o inconscientemente enraizada en una concepción autárquica del Derecho penal difícilmente conciliable con el actual proceso de europeización del Derecho.

¹⁵⁹ Véase V. Manes, *Il giudice nel labirinto*, cit. en particular, p. 69 y ss.

¹⁶⁰ Véase, por ejemplo, A. Bernardi, Art. 7 (Nulla poena sine legge), en *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, editado por S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padua, 2011, p. 249 ss.; V. Manes, art. 7/1, en *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, editado por S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Padua, 2011, pp. 258 y ss. y 274 y ss.

¹⁶¹ Véase, *infra*, apartado 14(b).

¹⁶² Véase, *supra*, párrafo 10.

10. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA ADMISIBILIDAD GENERAL DE LA INTERPRETACIÓN *IN MALAM PARTEM* DEL DERECHO DE LA UE

Por lo general, quienes defienden la existencia en el Derecho penal de la limitación de la interpretación conforme a toda norma de la UE, incluso cuando los resultados de esa interpretación son *in malam partem*¹⁶³, no se preocupan de exponer con detalle las razones que sustentan su punto de vista. Es probable que este silencio se deba a que “no se sienten obligados” a justificar un punto de vista que dan por sentado. Al fin y al cabo, como se ha dicho, todo canon de interpretación puede implicar efectos *in malam partem*¹⁶⁴ en materia penal y se admite la interpretación sistemática del precepto penal con efectos desfavorables respecto de cualquier tipo de norma estándar de derecho interno, con independencia de que dicha norma estándar esté contenida en fuentes primarias o secundarias o incluso en fuentes de *soft law*¹⁶⁵. ¿Por qué, entonces, las normas de fuentes comunitarias —además, en posición de primacía sobre las normas nacionales— no pueden servir de parámetro a los efectos de esa particular interpretación sistemática que es la interpretación conforme con efectos adversos? En cualquier caso, vale la pena intentar enumerar algunas de las razones que podrían, de hecho, apoyar la tesis a favor de la admisibilidad general de la interpretación conforme *in malam partem*.

La primera de estas razones residiría en el principio de cooperación leal establecido en el artículo 4.3 del TUE, según el cual “la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las funciones derivadas de los Tratados”. De hecho, como es bien sabido este principio obliga al legislador, así como a cualquier otra autoridad de los distintos Estados miembros, a garantizar la protección del ordenamiento de la UE y, por tanto, de todas las normas que contribuyen a su construcción. En lo que respecta a los jueces nacionales, este principio se traduce en la obligación de interpretar todas las normas de derecho interno, incluido el derecho penal, con la consiguiente necesidad de adaptarlas —dentro de los límites que permite el principio de legalidad¹⁶⁶— al derecho de la UE en su conjunto.

¹⁶³ Por lo que se refiere al fenómeno de la aplicación desfavorable de los elementos normativos por parte de las normas de la UE, hay que subrayar que es difícil aceptar que este fenómeno pueda aplicarse también por fuentes de la UE *no autoejecutables*, dado que dichas fuentes no forman parte del ordenamiento jurídico nacional y, por tanto, —a todos los efectos— podrían afectar a los elementos normativos de la infracción penal únicamente en el plano de la interpretación.

¹⁶⁴ Cf. *supra*, apartado 11, antes del nt. 163.

¹⁶⁵ Véase, *supra*, párrafo 12, nota 184.

¹⁶⁶ Como es sabido, si la redacción de la ley nacional (penal) hace imposible interpretarla de manera que se ajuste al Derecho de la UE, el principio de primacía obliga

La tesis a favor de la admisibilidad de la interpretación *in malam partem* con respecto a la generalidad de las fuentes de la UE puede en conformidad con lo anterior apoyarse además en dos requisitos esencialmente “prácticos”. La primera es la necesidad de proteger los bienes/intereses jurídicos que se desprenden de la normativa europea¹⁶⁷; y a este respecto, es bien conocido que los tribunales nacionales suelen estar atentos al problema de la defensa de los bienes/intereses jurídicos con independencia del sujeto o entidad que sea titular de los mismos, a veces incluso con independencia del tipo de fuente comunitaria depuesta para crear o reforzar dichos bienes/intereses.

La segunda razón sería la necesidad de evitar exponer al Estado miembro a una condena por parte del Tribunal de Justicia por incumplimiento del mencionado principio de cooperación leal¹⁶⁸; de ahí la necesidad de garantizar la eficacia del Derecho de la UE también a través de una interpretación del Derecho penal nacional que lo ponga en consonancia con las obligaciones impuestas al Estado por las fuentes de la UE, ya sean *autoejecutables* o no¹⁶⁹.

Otro argumento que puede utilizarse para apoyar la obligación de interpretar conforme a toda norma de la UE, incluso en el caso de que los efectos sean desfavorables para el demandado, es el carácter *obligatorio* que parece conferir a la opción interpretativa contraria a la norma europea. Este carácter resulta ajeno a los demás criterios de interpretación. La interpretación confiere a los jueces un “espacio de libertad” ineliminable; un espacio que se expresa también y sobre todo a través de la posibilidad de utilizar uno u otro criterio interpretativo. En este sentido, los distintos criterios interpretativos no solo carecen de toda coherencia intrínseca, sino que tienden a competir entre sí¹⁷⁰ para ganarse el favor del intérprete. El pluralismo de las opciones hermenéuticas significa, por tanto, que, en principio, los citados criterios ofrecen al juez un abanico de posibilidades dentro del cual puede realizar las elecciones más adecuadas para adaptar mejor la norma a las exigencias de justicia que plantea el caso concreto. Por lo tanto, en el curso de esta operación, es inevitable que algunos cánones prevalezcan sobre otros, o que se combinen entre sí de manera marcadamente ecléctica.

al tribunal, según el caso, a inaplicar la ley nacional o a plantear la cuestión de su constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

¹⁶⁷ Una petición ante la que, por tanto, se podría llegar a formas de interpretación de la conformidad *in malam partem*, independientemente del tipo de norma de la UE, *autoejecutable* o no, planteada como parámetro de conformidad.

¹⁶⁸ Como se ha visto anteriormente (cf. *supra*, subapartado 11, nt. 174), este razonamiento es tomado en serio por G. Marinucci, E. Dolcini y G.L. Gatta *Manuale di diritto penale. Parte general*, cit., p. 60. Véase también, si se desea, A. Bernardi, *Codificazione penale e diritto comunitario. I - La modificación del código penal ad opera del derecho comunitario*, cit., p. 100 y ss.

¹⁶⁹ Siempre y cuando, por supuesto, en este último caso el plazo de transposición ya haya expirado.

¹⁷⁰ Esta competencia no solo afecta a los criterios interpretativos irreconciliables (como restrictivo/extensivo o histórico/evolutivo), sino que implica a todos los criterios.

Por otra parte, la interpretación conforme constituye el único criterio que —en virtud del principio de jerarquía que subyace a la resolución de los conflictos entre normas— se impone de forma vinculante, conculcando así las opciones hermenéuticas del juez. De ello se deduce que cualquier otro criterio interpretativo, si no está en armonía con los planteamientos impuestos por la interpretación conforme, debe ceder ante ella. En este sentido, la interpretación conforme tiende a diferenciarse incluso de la interpretación sistemática, aunque ambas se inscriben en la corriente de las formas argumentativas basadas en las ideas de unidad y coherencia del ordenamiento jurídico. La absoluta contundencia de la interpretación conforme, en definitiva, tiende a distinguirla de todos los demás cánones de interpretación libremente utilizables por el juez e incluso del canon de la interpretación sistemática, asemejándola a una “regla”. Una regla, este es *el punto*, sin excepciones, en tanto que está destinada a operar respecto de toda norma perteneciente a un sistema jurídico jerárquicamente superior al nacional; y ello porque solo generalizando al extremo la fuerza de tal regla puede resolverse satisfactoriamente el contraste entre los distintos sistemas jurídicos a los que pertenece el parámetro-norma de la UE y la norma penal nacional llamada a ajustarse a él —respecto al citado principio jerárquico—¹⁷¹.

11. ARGUMENTOS EN APOYO DE LA NECESIDAD DE PERMITIR LA INTERPRETACIÓN CONFORME *IN MALAM PARTEM* ÚNICAMENTE CON RESPECTO A LAS NORMAS DE LA UE AUTOEJECUTABLES

Aunque como acaba de verse existen argumentos contundentes a favor de la existencia de la obligación de una interpretación conforme sea cual sea el tipo de normas e incluso cuando tiene efectos negativos para el acusado, existen también argumentos favorables a una tesis contraria, según la cual la interpretación conforme *in malam partem* solo es admisible cuando se realiza a partir de normas *autoejecutables*. Aunque también en este punto la doctrina no suele explicitar sus argumentos, estos podrían resumirse brevemente del siguiente modo:

a) El primer argumento se basa en una observación difícil de rebatir: admitir una interpretación conforme de la disposición penal con efectos desfavorables de las normas de la UE *no autoejecutables* equivale a derivar de dichas normas de la UE un tipo de efecto vertical directo teóricamente excluido

¹⁷¹ Desde esta perspectiva, la única excepción a la aplicación de la interpretación conforme se daría en el caso de que este conflicto no deba ser resuelto, es decir, si la norma de la UE contrasta con el núcleo de principios constitucionales que han sido elevados a la categoría de contralímites y que, por tanto, prevalecen sobre la norma en cuestión, con la consiguiente desaparición del principio jerárquico subyacente a la obligación de interpretación conforme.

para ellas¹⁷². En efecto, este argumento está vinculado a lo afirmado por la Corte de Casación italiana en una sentencia de 1997 anteriormente citada: a la luz del principio de legalidad (así como del principio de separación de poderes) “el juez no debe invadir el ámbito de la producción normativa”¹⁷³ mediante la consideración, en perjuicio del demandado, de fuentes comunitarias que no operan directamente en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros; estas fuentes, por tanto, solo son capaces de imponer límites a la acción individual a través de las normas nacionales competentes para transponerlas. En efecto, si las fuentes comunitarias *no autoejecutables* se dirigen a los Estados miembros individuales¹⁷⁴ y no a los individuos, de acuerdo con el principio de legalidad, no deben constituir en sí mismas una base jurídica capaz de afectar negativamente en la esfera del sujeto inculcado, y por lo tanto deben ser incluidas entre las normas a tomar en consideración por el juez solo en los casos en que su efecto *en la* interpretación sea *in bonam partem*. De este modo, y a la luz de estas observaciones, una directiva (como cualquier otro instrumento legislativo de la UE sin aplicación directa), en tanto que *fuerza externa al ordenamiento jurídico nacional*, no puede constituir el fundamento de una interpretación desfavorable tanto de la legislación penal que la transpone como (en el caso de que la directiva, aunque haya expirado, aún no haya sido transpuesta) de la posterior legislación penal nacional que, si se interpreta *de mala fe*, podría ofrecer protección penal a las normas establecidas por la directiva.

b) También teniendo en cuenta que las normas de la UE sin efecto directo se dirigen a los Estados miembros y no a los particulares, puede esgrimirse un segundo argumento en apoyo de la inutilidad de las normas en cuestión con vistas a una interpretación conforme del Derecho penal nacional con efectos negativos para el acusado. Esto alude, como se ha mencionado anteriormente¹⁷⁵, al hecho de que los ciudadanos *no están* obligados a conocer las normas de la UE, que *no son autoejecutables* y que, de hecho, están dirigidas a los Estados miembros. Por lo tanto, en el caso de que la interpretación *in malam partem* del derecho penal interno sea consecuencia de la necesidad de adaptarlo a estas normas de la UE, tal enfoque hermenéutico tiende a entrar en conflicto con el artículo 7 del CEDH en materia de legalidad penal. De acuerdo con el contenido que le confiere el CEDH, en efecto, este artículo

¹⁷² Para subrayar de forma precisa y general cómo la interpretación *conforme* constituye un instrumento que puede atribuir efectos verticales directos a las normas estándar de la Unión, incluso cuando dichas normas deberían en principio carecer de ellos, véase E. Cannizzaro, Interpretazione conforme fra tecniche ermeneutiche ed effetti normative, en *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problema*, cit., p. 3 ss.; G. Tesaurò, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, p. 182.

¹⁷³ Véase Tribunal de Casación, Sala de lo Penal, 28 de octubre de 1997, citado anteriormente, párrafo 10, n.º 145.

¹⁷⁴ Fijando objetivos que estos estados están llamados a alcanzar.

¹⁷⁵ Véase, *supra*, el apartado 9, *in fine*.

potencia aspectos cualitativos de la norma penal más allá de lo relativo a su determinabilidad, ya que se refieren a *la accesibilidad-predictibilidad de la norma en cuestión*¹⁷⁶. En particular, en lo que aquí interesa, debe señalarse que, según la jurisprudencia de este Tribunal, *la previsibilidad de la norma penal* presupone no solo la claridad y precisión de su redacción, sino también la posibilidad de que sus destinatarios prevean los ámbitos de aplicación que le confiere la interpretación judicial. Parece al menos dudoso que los destinatarios de la norma puedan calcular con antelación los contenidos de una interpretación *in malam partem* a la luz de su interacción con fuentes cuya existencia desconocen legítimamente.

Como puede comprobarse, aunque tanto el primero como el segundo argumento coinciden en sugerir la exclusión de la interpretación conforme con efectos desfavorables, cuando la norma europea no sea directamente aplicable, presentan un elemento distintivo que dista mucho de ser marginal. El primer argumento —que, como se ha mencionado, se basa en la ausencia de efectos desfavorables verticales directos de las normas de la UE *no* autoejecutables— lleva, de hecho, a considerar siempre inadmisibile el recurso a dichas normas para remodelar *in malam partem* una disposición penal nacional en consideración al hecho de que son “externas” al sistema nacional. Por otro lado, el segundo argumento —centrado en el derecho del ciudadano a no conocer las normas de la UE que no son directamente aplicables— vincula la inadmisibilidad de la interpretación desfavorable a un hecho —la imprevisibilidad de esta— que no puede darse por sentado. Más precisamente, dicha imprevisibilidad estará condicionada por la ausencia de desarrollos interpretativos previos y similares *in malam partem de la ley penal en cuestión*, dada la consolidada tendencia del TEDH a excluir la imprevisibilidad de resultados interpretativos que, aunque sean “creativos” y hostiles al acusado, son en todo caso expresivos de una orientación jurisprudencial preexistente¹⁷⁷.

Por último, quizá merezca la pena mencionar una consideración ulterior capaz de reforzar los dos argumentos mencionados a favor de la exclusión de la interpretación conforme con efectos perjudiciales si está determinada por normas de la UE no autoaplicables; una consideración inducida precisa-

¹⁷⁶ Véase, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1995, *S.W. y C.R. v. Reino Unido*, citada anteriormente, párrafos 35 y 33 respectivamente; 15 de noviembre de 1996, *Cantoni c. Francia*, citada anteriormente, párrafo 29.

¹⁷⁷ A este respecto, véanse ya las sentencias de la Comisión EDH de 22 de julio de 1970, *X contra Austria*, y de 12 de marzo de 1981, *X contra Austria. Austria*. Además, es bien sabido que a estas alturas “la jurisprudencia debe conocerse nada menos que la *ley para* aprender el *derecho*, que se compone de la ley combinada con su aplicación a los casos”: M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milán 2004, p. 151-152. Además, en nombre del principio de estricta legalidad, critica la tendencia de los órganos de Estrasburgo a avalar soluciones hermenéuticas con un marcado trasfondo “creativo” siempre que confirmen la jurisprudencia anterior, igualmente “creativa”. Hassemer, ¿Ley justa a través de un lenguaje justo? Sobre la prohibición de la analogía en el derecho penal, en *Tèxto y Derecho, Ars interpretandi*, 1997, n° 2, p. 190.

mente por el carácter vinculante de la interpretación conforme, como se ha destacado anteriormente¹⁷⁸. Este carácter, como ya se ha mencionado, tiende a implicar una pérdida de discrecionalidad por parte del tribunal nacional, que se ve obligado a hacer prevalecer la interpretación conforme, aunque sea *in malam partem*, sobre cualquier otro criterio interpretativo. La consecuencia de todo ello es que precisamente aquellas fuentes de la UE que el acusado no está obligado a conocer (en la medida en que *no* son *autoejecutables* y, por tanto, no están destinadas a él) pasarían a ser ineludiblemente decisivas para identificar el contenido real del derecho penal. En particular, el contenido de esta disposición penal no podría, por tanto, verse influido por las fuentes nacionales (a las que el acusado debe poder acceder) si estas pretendieran, en el marco de una interpretación sistemática, conferir a la disposición penal interpretada perfiles distintos de los exigidos por las fuentes de la UE sujetas a interpretación conforme; al igual que no podrían verse influidas por otros cánones interpretativos que pudieran entrar en conflicto con la interpretación conforme¹⁷⁹. Por ejemplo, la interpretación conforme a la “realidad social del tiempo en que son aplicadas” que, como tal, es el canon con mayor grado de previsibilidad al estar condicionada por factores conocidos por todos los ciudadanos, no puede contribuir a determinar el ámbito de aplicación del delito, cuando contradice, resulta disfuncional, a las exigencias de protección sugeridas por una directiva de la UE que ha expirado pero que aún no ha sido transpuesta o no lo ha sido correctamente.

En definitiva, aunque dentro de los límites permitidos por la letra de la ley, al juez no se le puede impedir, en principio, ampliar la interpretación de las infracciones penales, como tampoco se le puede impedir una interpretación restrictiva de las eximentes penales o de las causas extintivas de la punibilidad, el principio de legalidad —también a través de la potenciación de los aspectos cualitativos de las normas penales realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos— parece sugerir la negativa a extraer tales resultados interpretativos a través de la limitación de la interpretación conforme a las normas de la UE sin efecto directo.

OBSERVACIONES FINALES

El canon de interpretación conforme al Derecho de la UE —como se sabe desde hace tiempo— es un universo tachonado de problemas cuya solución se ve afectada por las incertidumbres de la integración europea¹⁸⁰. Las opiniones sobre las ventajas y desventajas de las transferencias de soberanía que subyacen a la integración europea son muy diversas, al igual que las opiniones sobre la relación entre las fuentes comunitarias y las nacionales y, de

¹⁷⁸ Véase *supra*, párrafo 13.

¹⁷⁹ Véase *supra*, apartado 13.

¹⁸⁰ Véase, si lo desea, A. Bernardi, Presentación. *Nei meandri dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, cit., p. XXIX ss.

forma más general, sobre el proceso de europeización del derecho. Además, es inevitable que este proceso provoque las más heterogéneas reacciones en quienes lo observan, relacionadas con sus propias concepciones sociopolíticas y, más generalmente, con su visión del mundo. La diversidad de enfoques sobre la idea de Europa, y sobre los perfiles y el destino del Derecho europeo, resuena con especial intensidad en el ámbito penal, dada la extraordinaria repercusión del Derecho penal en los derechos humanos fundamentales.

En este contexto general, el problema relativo a la legitimidad o no de los efectos *in malam partem* que pueden derivarse de la interpretación conforme al Derecho de la UE de las leyes penales nacionales está cargado de factores emocionales y hace aflorar estados de ánimo contradictorios en quienes se enfrentan a él: el deseo “europeísta” de remediar mediante la interpretación los retrasos e imprecisiones del legislador nacional en la transposición de las fuentes de la UE, garantizando, en la medida en que lo permita el principio de legalidad, la protección efectiva de las normas previstas por las fuentes en cuestión; el temor “nacionalista” a una excesiva hibridación del ordenamiento interno y a la consiguiente pérdida de las tradiciones jurídicas propias; el temor “proteccionista” a que la interpretación conforme desfavorable —e incluso el Derecho de la UE como tal— se preste a la erosión de los derechos individuales.

Bajo un perfil objetivo diferente, otra dificultad para adoptar una posición firme y decisiva sobre la cuestión que nos ocupa se deriva de la gran heterogeneidad de interacciones entre las legislaciones penales nacionales y de la UE. Esta heterogeneidad está relacionada con la distinción (a veces, nada clara) entre las formas de interpretación conforme de las normas penales nacionales y las formas de integración de sus elementos normativos, entre las normas de la UE *autoejecutables* y *no autoejecutables*, entre las normas técnicas y las normas de principio, entre las normas penales y no penales de la UE; esta heterogeneidad está destinada a hacer que la historia del caso sea caleidoscópica y a favorecer la multiplicación de las distinciones destinadas a obstaculizar la enunciación de normas generales.

En cualquier caso, a la vista de lo dicho hasta ahora, no creo que sea necesario ser un apodíctico defensor del derecho europeo para expresar fuertes dudas sobre la persuasión de los argumentos esgrimidos en apoyo de una prohibición absoluta y generalizada de la interpretación conforme al derecho de la UE con efectos penales desfavorables. Tampoco parecen del todo convincentes los argumentos que pueden utilizarse para apoyar la admisibilidad de la interpretación *in malam partem con respecto* a cualquier fuente jurídica de la UE. De hecho, estos argumentos (que, además, parecen ser contradictorios con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que, como hemos visto, considera —aunque con fórmulas no inequívocas— que las normas de la UE *no autoejecutables* no pueden establecer o agravar la responsabilidad penal) no parecen ser tales como para aniquilar las razones de quienes consideran que la interpretación *in malam partem* de las normas penales nacionales debe

limitarse a las hipótesis en las que las normas de la UE depuestas para actuar como parámetro de conformidad son directamente aplicables.

Ciertamente, dado que dentro de los límites (controvertidos) fijados por la letra de la ley penal y por el principio de razonabilidad, el juez sigue siendo libre de interpretar la ley penal “con rigor”, no puede excluirse que las fuentes de la UE sin efecto directo contribuyan a crear un clima cultural general favorable a la afirmación de interpretaciones evolutivas y teleológicas destinadas a favorecer una ampliación del ámbito de aplicación de la infracción penal, así como, de forma más general, a fomentar una lectura de la ley penal con consecuencias negativas para el acusado. En estos casos, sin embargo, los criterios interpretativos que están en la base de estos planteamientos *in malam partem* no tendrán nada que ver con la interpretación conforme en sentido estricto, y por tanto no se caracterizarán por esa “restricción jerárquica” que es prerrogativa exclusiva de este último criterio.

Dicho esto, no creo ni remotamente que pueda decirse que el debate sobre el tema que nos ocupa esté concluido: en materia de interpretación conforme al Derecho de la UE, quedan muchas cuestiones abiertas, destinadas a ser examinadas con enfoques que la particularidad del momento histórico actual hace especialmente expuestos a derivas de todo tipo.