



## Obligaciones comunitarias de tutela y opción penal: ¿Una dialéctica perpetua?\*

Carlo Sotis

Investigador (permanente) de la Universidad de Milán (Italia)

**SUMARIO:** I. Introducción. 1. El objeto y el método de la investigación. 2. El objetivo de la investigación. 3. El contexto político criminal de la investigación. 4. El sumario de la investigación. II. Desarrollo. 1. Normas de incriminación y Constitución (consideraciones preliminares). 2. Obligaciones comunitarias de tutela y normas de incriminación. 3. Obligaciones comunitarias de tutela y Constitución. III. Reconstrucción. 1. Las obligaciones comunitarias de tutela en el sistema constitucional de las fuentes.

### I. Introducción

#### 1. El objeto y el método de la investigación

La investigación se propone verificar si –y en qué medida– el complejo y frágil equilibrio sobre el cual se basa la relación entre Constitución, derecho comunitario y *opción de incriminación* del legislador nacional están hoy puestos nuevamente en discusión.

La razón que legitima tal reflexión está a la vista de todos: la expansión de las competencias europeas<sup>1</sup>, que se encuentra acompañada del nacimiento de bienes jurídicos por varias razones considerados de dominio comunitario<sup>2</sup>, comporta, inevitablemente, la intensificación de las demandas de tutela dirigidas desde este sistema al legislador nacional, bajo el presupuesto de que la protección de tales bienes constituye el instrumento necesario para el logro de los objetivos (por

lo demás, también ellos puntualmente actualizados)<sup>3</sup> inscritos en los tratados.

El sistema vigente de legislación en materia penal repartido entre derecho comunitario y derecho nacional<sup>4</sup> ha funcionado, hasta ahora, sustancialmente en automático por medio de la ejecución espontánea de parte del legislador nacional de los *inputs* normativos impartidos por Bruselas. De este modo, por lo menos desde el punto de vista formal, no existe contraste con el principio de reserva de ley en materia penal, ya que los tipos penales adoptados en cumplimiento de los deberes comunitarios encuentran de todos modos su fuente en una ley del Estado.

Sin embargo, el escenario político y jurídico «de referencia» de tal equilibrio, en un período muy breve de tiempo ha cambiado, principalmente a causa de dos órdenes de problemas: por una parte, una reforma constitucional que parece modificar en profundidad las relaciones entre normativa

\* Publicado originariamente con el título *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?* en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Año XL, fascículo 1, 2002. Traducción de Ezequiel Malarino (Universidad de Macerata y Universidad Paris 1, Panthéon-Sorbonne).

1 Cfr. FALLON, *Le droit communautaire: un espace en expansion continue*, en GERARD - OST - VAN DE KERCHOVE (editores), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, 2000, p. 301 ss. La idea de fondo se asienta en la convicción de que el único modo para lograr reformar las instituciones europeas es confiar a Europa cuestiones más grandes de sí, en modo tal de inducir –por ósmosis– a adecuar el viejo contenedor (las instituciones europeas) a los nuevos contenidos (las competencias comunitarias).

2 Para un examen actualizado desde una perspectiva penalista del catálogo de los bienes considerados por el derecho comunitario como «merecedores» y «necesitados» de tutela, desde los intereses financieros hasta el orden público europeo, v. MANACORDA, *Le droit pénal et l'Union européenne: esquisse d'un système*, en *Rev. sc. crim. dr. pén. comp.*, 2000, p. 95 ss, en particular p. 99 ss.

3 A mero título ejemplificativo véanse las modificaciones e integraciones a los artículos 2, 13 y 137 del Tratado que instituye la Comunidad Europea (TCE) realizadas en Maastricht, Amsterdam y ahora propuesta en la versión de Niza.

4 Sobre esto v. *infra* punto 3.2.

comunitaria y normativa nacional<sup>5</sup>, sobre todo si se le interpreta a la luz de algunas señales emitidas recientemente por la Corte Constitucional<sup>6</sup>; por otra parte, la aprobación en rápida sucesión de una serie de leyes –por lo demás bastante discutidas–<sup>7</sup>, que marcan el pasaje hacia una nueva etapa de la política criminal italiana en materia de la llamada criminalidad de los negocios.

En particular, este último aspecto nos brinda «en concreto» el *input* de esta investigación: justamente esta nueva legislación penal en materia económica encuentra, en efecto –diferentes– por varias razones «puntos de fricción» con la normativa europea<sup>8</sup>, y proporciona, por tanto, para nosotros, el banco de prueba ideal para el tipo de reflexión que nos proponemos desarrollar.

A) *Un modelo para la investigación: la procedibilidad por querrela del balance falso prevista por el art. 11, letra a), 1), punto 1.2.1 de la ley nro. 366/2001.*

Hipótesis de trabajo: ¿Qué sucede si las tensiones mencionados entre la normativa europea que

exige la tutela y la normativa nacional que la niega provocan una verdadera y propia antinomia?

Si concentrarnos nuestra atención en la ley nro. 366 del 3 de octubre de 2001 de «Delegación al gobierno para la reforma del derecho societario»<sup>9</sup> percibimos justamente que una opción *cuificante* de las disposiciones penales contenidas en tal normativa se presenta como *emblemática* de la temática que nos proponemos explorar y que, desde ahora, definimos como «*el problema de la ilegitimidad comunitaria in malam partem*» (es decir, debida a la «inexistencia» o, en todo caso, al retirarse de la tutela penal de un determinado conjunto de intereses).

En lo siguiente presentaremos, entonces, en un rápido *excursus*, los argumentos de donde emerge el *fumus* de esta particular especie de ilegitimidad, de modo que nos podamos servir de tal hipótesis, en el curso de nuestra investigación, como *ejemplo paradigmático* sobre el cual valorar en concreto los varios puntos de la problemática en examen.

5 Ley constitucional nro. 3 del 18 de octubre de 2001, «Modificaciones al título V de la parte segunda de la Constitución», en vigor desde el 8 de noviembre 2001; en particular nos referimos al art. 117, primer párrafo, Constitución, dedicado a la subordinación de la potestad legislativa del Estado y de las Regiones a las obligaciones comunitarias e internacionales; v. *infra* punto 4.2.

6 Nos referimos en particular a la sentencia de la Corte constitucional nro. 31 de 2000 que ha declarado inadmisibles el *referéndum* abrogatorio del entero decreto-legislativo nro. 286 de 25 de julio de 1998 referido al «Texto único de las disposiciones concernientes a la disciplina de la inmigración y normas sobre la condición del extranjero», v. *infra* punto 4.1

7 Hacemos referencia a la ley nro. 366 del 3 de octubre de 2001 «*Delegación al gobierno para la reforma del derecho societario*», en *Gazz. Uff.* del 28 de septiembre de 2001; al decreto-ley nro. 350 del 25 de septiembre de 2001 - «*Disposiciones urgentes en vista de la introducción del euro*», publicado en *Gazz. Uff.* del 26 de septiembre de 2001, conocido como decreto sobre el retorno de capitales; a la ley nro. 367 del 5 de octubre de 2001, «*Ratificación y ejecución del Acuerdo entre Italia y Suiza que completa la Convención Europea de asistencia judicial en materia penal del 20 de abril de 1959 y facilita su aplicación, hecho en Roma el 10 de septiembre de 1998, y modificaciones consiguientes al código penal y al código de procedimiento penal*», en *Gazz. Uff.* del 8 de octubre de 2001, conocida como «ley de rogatorias».

8 La ley nro. 367/2001, llamada «de rogatorias», está registrando, en efecto, diversas iniciativas jurisprudenciales destinadas a declarar, sobre la base de la prevalencia de la normativa internacional contrastante, su *desaplicación e ilegitimidad constitucional* por violación del art. 10, Constitución. En efecto, según nuestro conocimiento ya ha sido planteada por el Tribunal de Roma una cuestión de legitimidad constitucional respecto de los arts. 727, párrafo quinto *bis* y 729, del Código de Procedimiento Penal, tal como fueron modificados por los arts. 12 y 13 de la ley nro. 367 de 2001 y el art. 18 de la misma ley por violación de los arts. 10 y 111 de la Constitución (Tribunal de Roma, Sesión VI penal, en composición monocrática, ordenanza del 7 de octubre de 2001, en *www.penale.it*, noviembre 2001). Además, el Tribunal de Milán ha dictado una ordenanza en la cual ha declarado, de acuerdo al art. 10, primer párrafo, Constitución, que no son inutilizables las actuaciones ya remitidas por las autoridades exhortadas, afirmando que la ley no debe ser aplicada en la parte en que es contraria al derecho consuetudinario internacional (Tribunal de Milán, Sesión II penal, en composición colegiada, ordenanza del 12 de noviembre 2001, en *www.penale.it*, noviembre 2001). En cuanto concierne, en cambio, al decreto-ley 350/2001, el llamado «sobre el retorno de los capitales del exterior», se debe señalar que con una carta enviada los primeros días de noviembre de 2001 el director general de los asuntos económicos y monetarios, Klaus Regling, actuando por cuenta del comisario de la Comunidad Europea Fritz Bolkestein, responsable del mercado interno y de los servicios financieros, ha objetado la normativa bajo diferentes puntos de vista; entre ellos, en cuanto aquí interesa, ha sido objetado el mecanismo de exclusión de la punibilidad para los delitos tributarios previstos en el art. 14, primer párrafo, letra c), ya que éste resultaría incompatible con la libertad de circulación de los capitales establecida en el art. 56 del TCE, en particular en la parte en que prevé la alternativa entre el pago *a forfait* del 2,5% de la suma y la adquisición de bonos del Tesoro italiano en un porcentaje no inferior al 12% del capital y en la parte en que no garantiza el anonimato de quien decide mantener los capitales en el exterior. Comunicado de prensa en *www.europa.eu.int* y también en el *Corriere della sera* del 6 de noviembre de 2001, p. 14.

9 La llamada «ley de rogatorias» se refiere, en efecto, al derecho *procesal penal* y la contraposición se perfila con la *normativa internacional* y de la Unión Europea, no con el derecho comunitario en *sentido estricto* (para la distinción, v. *infra* punto 3.0.1.); en cambio, el

B) Excursus: *ilegitimidad comunitaria de la procedibilidad por querrela del balance falso*.

La ley delegante, en su art. 1, párrafo 2 inicia con una declaración pleonástica<sup>10</sup> referida a su conformidad con la normativa comunitaria («La reforma, respetando y en coherencia con la normativa comunitaria...»). Sin embargo, esta declaración es contradictoria por la propia ley delegante, pues en su art. 11 letra a) 1), al dictar los criterios directivos para la redacción de la figura de falsas comunicaciones sociales, prevé, en el punto 1.2.1 para la sociedad que no cotiza en bolsa que *cuando la conducta haya causado un daño patrimonial a los socios y acreedores el delito es perseguible por querrela*.

Ahora bien, tal mecanismo de procedibilidad por querrela contrasta con la normativa comunitaria.

El asunto es demostrable a través del siguiente silogismo interpretativo:

- (a) el examen de los modelos normativos *análogos* a aquel querido por el legislador delegante italiano (premisa mayor);
- (b) las *censuras* que el derecho comunitario, por medio del Tribunal de Justicia, ha expresado sobre estos mismos modelos (premisa menor);
- (c) la *posibilidad de transferir* tales censuras al modelo italiano (conclusión).

a) *La procedibilidad por querrela y el derecho penal societario: los «precedentes» en Europa*.

El mecanismo de la querrela<sup>11</sup> en el ámbito penal societario ha sido utilizado en modos diversos por el legislador alemán y español.

El legislador español con el nuevo código penal de 1995 ha introducido *ex novo* algunas disposiciones específicas dedicadas a los delitos societarios (Título XIII «delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», capítulo «de los delitos societarios», arts. 290-297). Tales disposiciones, invocadas como precedente en el curso de las fuertes polémicas que han acompañado a la aprobación de la parte penal de la ley delegante italiana,<sup>12</sup> prevén efectivamente una forma de perseguibilidad por querrela. El art 296 del código penal dispone en efecto que «Los hechos descritos en el presente capítulo (entre los cuales las falsedades en documentos sociales, previsto en el art. 290 del código penal), sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal». Sin embargo, la denuncia es una forma de querrela *sui generis* de tipo relativo<sup>13</sup> y no absoluto (en el sentido de que la ausencia de denuncia constituye siempre una condición de no procedibilidad); el segundo párrafo de tal artículo prevé, en efecto, que «[n]o será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas»<sup>14</sup>.

decreto-ley llamado «sobre el retorno de los capitales del exterior», a pesar de que se ha presentado una fricción con la normativa referida al blanqueo de capitales, se encuentra –en el estado actual– desde un punto de vista exclusivamente civil en eventual contraposición con la normativa comunitaria.

10 Pleonástica, porque, como es conocido, sobre el ordenamiento jurídico italiano pesa una obligación *general* de conformidad al derecho comunitario en virtud del principio fundamental de cooperación leal previsto en el art. 10 del TCE; sobre el punto v. *infra* punto 3.2.

11 Al respecto ver, también para una investigación comparada, GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querrela*, Milano, 1993, en particular p. 1 ss.; p. 131 ss.

12 Cfr. MARINUCCI, *La depenalizzazione «di fatto» delle false comunicazioni sociali*, en *Guida al diritto*, 24 de noviembre de 2001, p. 10 ss., donde, en una breve y penetrante crítica al sistema proyectado nos recuerda que el honorable Pecorella, principal defensor de la reforma, ha señalado al sistema español como «ejemplo de una buena legislación».

13 El instituto español de la *denuncia* constituye una condición que procedibilidad *ad hoc* prevista para los delitos definidos por la doctrina española como «semipúblicos» (los delitos perseguibles por el diferente instituto de la *querrela* son, en cambio, definidos como *privados*); en el ámbito penal societario la *condición de perseguibilidad* de la *denuncia* está prevista para *todos* los delitos y está finalizada a satisfacer las opuestas exigencias, por una parte, de poner un filtro selectivo a las conductas penalmente relevantes cuando ellas presenten una ofensividad relevante en un plano exclusivamente de derecho privado y, por la otra, tanto de dejar a salvo los intereses generales preeminentes e indisponibles cuando resulten lesionados por la conducta, como de evitar la posibilidad de crear prácticas extorsivas de parte de un socio y de un acreedor que podría denunciar al *management* de una sociedad para obligarlo a hacer o dar una cosa a cambio, precisamente, del retiro de la denuncia; el instituto del *perdón del ofendido* previsto entre las causas de extinción de la *responsabilidad criminal* en el art. 130, primer párrafo, nro. 4 del *código penal* [español] se aplica en efecto sólo en los casos expresamente previstos por la ley y entre éstos no entran los delitos societarios, justamente en virtud de su naturaleza de «delitos semipúblicos»; cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte especial*, Valencia, 1999, p. 197 ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 12a ed., Valencia, 1999, p. 506 ss.; MOYNA MÉNGUEZ, *Código penal*, 4a ed., Madrid, 1999, *sub.* arts. 86, 130 y 296.

14 Una presentación de este *corpus* normativo y la relativa traducción en italiano del articulado es ofrecida por FOFFANI, *I reati societari nel nuovo codice penale spagnolo del 1995*, en *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, p. 65 ss.

El sistema alemán, por el contrario, preveía en el § 335 del *Handelsgesetzbuch* (código de comercio alemán, en adelante «HGB») una sanción administrativa pecuniaria (*Zwangsgeld*) para la hipótesis de omisión de publicación del balance, obligación prescrita por el § 325 del HGB (conducta análoga al ilícito administrativo previsto y sancionado en nuestro art. 2626, Código Civil). Sin embargo, de acuerdo al § 325 primer párrafo, punto 6, HGB en relación con el segundo párrafo del mismo artículo un procedimiento para la aplicación de la sanción *podía ser instaurado sólo a solicitud (Antrag)* de un socio, de un acreedor, de la comisión interna central o de la comisión interna de la sociedad.

b) *La incompatibilidad de la solución «querrela» con el derecho comunitario.*

El art. 6 de la directiva del Consejo 68/151/CEE de 9 de marzo de 1968 (la llamada «primera directiva») <sup>15</sup> prescribe que «Los Estados miembros preverán sanciones apropiadas en caso de falta de publicidad del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias», tal como se prevé en el art. 2 número 1, letra f) de la misma directiva.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha sido llamado a evaluar, en particular, la conformidad del sistema alemán con la exigencia, prevista en la «primera directiva», de establecer «sanciones apropiadas» <sup>16</sup>: diversamente del tema español, en efecto, éste preveía una querrela de tipo *absoluto*. El Tribunal se ha interrogado, al respecto, preventivamente acerca de *qué intereses* debían ser tutelados a través de la obra de coordinación de la disciplina societaria en tema de balance desarrollada por el derecho comunitario.

Al respecto, el Tribunal recuerda que la norma de referencia es el art. 54, nro. 3 letra g) del TCE (ahora art. 44, nro. 2, letra g), en la versión vigen-

te del TCE), donde se declara que tal coordinación debe «proteger los intereses de socios y terceros» <sup>17</sup>. El Tribunal afirma, por tanto, que «la publicidad anual de las cuentas *se dirige principalmente a informar a los terceros* que no conozcan o no puedan conocer suficientemente la situación contable y financiera de la sociedad». <sup>18</sup> El Tribunal concluye que «el artículo 6 de la primera directiva debe ser interpretado en el sentido de impedir a la ley de un Estado miembro que prevea sólo para los socios, los acreedores, la comisión interna central o la comisión interna de una sociedad el derecho de exigir la sanción» <sup>19</sup>.

Posteriormente, en la línea de esta jurisprudencia el Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad de afirmar aún más claramente que tal sistema, al no prever sanciones adecuadas, comporta la violación por parte de Alemania de las obligaciones comunitarias <sup>20</sup>.

En suma, para decirlo con el léxico penalista italiano, el bien jurídico tutelado por las disposiciones penales dedicadas al balance societario no puede ser reducido sólo a los intereses –patrimoniales y no patrimoniales– de los socios y de los acreedores, sino que se concretiza en la tutela instrumental de la *veracidad* y *completividad* del balance societario <sup>21</sup>; justamente en consideración de esta función pública (en el sentido más inmediato del término, esto es como instrumento dirigido al público) su tutela no puede estar subordinada a las solas exigencias de los socios y de los acreedores, dado que éstos representan sólo *algunos* de los destinatarios de la información societaria.

c) *La incompatibilidad del –naciente– derecho italiano con la normativa comunitaria.*

Una precisión preliminar: como ha afirmado también nuestra Corte constitucional <sup>22</sup>, «Las decisiones del Tribunal de Justicia son plenamente de-

<sup>15</sup> Todos los actos comunitarios citados en el presente trabajo se pueden consultar en el sitio de la Unión Europea; respectivamente [www.europa.eu.int/Eur-Lex](http://www.europa.eu.int/Eur-Lex): *legislación comunitaria en vigor* para la legislación y [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int) para la jurisprudencia; serán citados, por tanto, sólo los datos necesarios para la consulta en internet; en cambio, para las sentencias del Tribunal de Justicia anteriores a 1997, no siendo disponibles *on-line*, se indicará la fuente documental de donde han sido extraídas.

<sup>16</sup> Tribunal de Justicia, 4 diciembre 1997, C-97-96, c/*Daihatsu Deutschland*.

<sup>17</sup> Puntos 17-20 c/*Daihatsu Deutschland*.

<sup>18</sup> Punto 22 c/*Daihatsu Deutschland*.

<sup>19</sup> Punto 23 c/*Daihatsu Deutschland*.

<sup>20</sup> Tribunal de Justicia, 29 de septiembre de 1998, C-191-95, Comisión CE/República Federal de Alemania, punto 68; sobre esta sentencia v. también RIONDATO, *Osservatorio della Corte di giustizia delle Comunità europee*, en *Diritto penale e processo*, 1998, p. 1393. Posteriormente a esta segunda sentencia, el sistema alemán ha sido modificado y hoy prevé que en caso de falta de publicación de las cuentas anuales dentro de los términos prescritos puede ser instaurado, a solicitud (*Antrag*) de *todos* los terceros, el procedimiento para la aplicación de una sanción administrativa pecuniaria (*Zwangsgeld*); cfr. *Dossiers internationaux Francis Lefebvre. Allemagne*, Levallois Perret, 2000, § 3548, p. 436.

<sup>21</sup> Sobre el punto v. por todos PEDRAZZI, *Società commerciali (disciplina penale)*, en *Dig. disc. pen.*, 1997, p. 352 s.; FOFFANI en PEDRAZZI - ALESSANDRI - FOFFANI - SEMINARA - SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000, p. 227 ss.

<sup>22</sup> Corte Const., nro. 113, de 23 de abril de 1985, v. *infra* nota 52.

recho comunitario al igual que las disposiciones contenidas en los tratados o en los actos de derecho derivado»; por tanto, también a éstos les es aplicable el *principio de prevalencia* sobre el derecho interno.

Sentado ello, la subsunción del «caso italiano» en el contexto normativo y, por consecuencia, hermenéutica, que ha constituido el objeto de la jurisprudencia europea citada, parece impuesta por las siguientes consideraciones.

En primer lugar, los pronunciamientos del Tribunal de Justicia han tenido lugar en relación con la hipótesis de falta de publicación del balance, hipótesis dotada con una carga lesiva del bien en juego –incluso– decisivamente *inferior* a aquélla de un balance existente, pero falso. Parece evidente, entonces, que cuanto se ha dicho para la hipótesis *residual a mayor razón* debe valer para el ámbito penal que ocupa la posición central en la tutela de la corrección de la información societaria.

En segundo lugar, no pueden existir dudas sobre el hecho de que el bien jurídico tutelado por la figura prevista en el art. 11 letra a), nro. 1 de la ley 366/01 *no* es el patrimonio, sino justamente el bien instrumental de la veracidad y *completividad* de la información societaria. En efecto, el legislador al describir la dirección ofensiva de la conducta habla de «hechos materiales que no se corresponden con la verdad ... idóneos a inducir a error a los destinatarios de la información ... con la intención de engañar a los socios o al público...»: por tanto, subordinar la tutela de este bien (veracidad/completividad de la información societaria dirigida al público) al daño de otro bien (el patrimonio de socios y acreedores) es –necesariamente– un ejemplo macroscópico de sanción inadecuada a los objetivos de tutela de un instrumento que –para utilizar las palabras del Tribunal de Justicia– «está finalizado principalmente a informar a los terceros».

En fin, el mecanismo de la perseguibilidad por querrela establecido en la ley delegante, contrariamente al sistema español que, en cambio, deja abierta la posibilidad de proceder de oficio «cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales», no presenta soluciones elásticas.

Por tanto, nos parece poder afirmar como dato objetivo que constituye un «presupuesto de hecho» de nuestra hipótesis de trabajo que la proce-

dibilidad por querrela del delito de falsas comunicaciones sociales adoptada por nuestro legislador resulta, en los términos arriba precisados, *comunitariamente ilegítima*.<sup>23</sup>

También otra precisión se hace necesaria en esta fase «embrionaria» de la investigación: el derecho comunitario *no* impone una tutela de naturaleza penal y, aun menos, una tutela penal aferrada a una determinada escala penal; éste obliga a la adopción de sanciones adecuadas y considera que, en atención de la naturaleza, de las funciones y, por tanto, de la titularidad del bien jurídico «corrección/veracidad de la información societaria», subordinar la tutela de tal bien a la querrela convierte a la sanción en estructuralmente inadecuada a las exigencias de tutela. Sobre *este* aspecto pesa una limitación de soberanía impuesta a los legisladores nacionales.

## 2. El objetivo de la investigación

La cuestión que se plantea, entonces –y que representa el hilo conductor de este trabajo– es la siguiente: presuponiendo como *válidas* las *dos* siguientes condiciones: a) prevalencia del derecho comunitario sobre el derecho interno y b) reserva absoluta de ley en materia penal; si la normativa penal nacional *no respeta* un vínculo comunitario de tutela ¿qué instrumentos *jurídicos* ofrecen el ordenamiento comunitario y el ordenamiento interno para hacerlo valer?

En otras palabras: ¿cuánto «obligan» las obligaciones comunitarias de tutela, bajo el único aspecto jurídicamente relevante, porque efectivo, esto es el de la *accionabilidad* (de frente, es obvio, al Tribunal de Justicia y, respectivamente, a la Corte constitucional)?

## 3. El contexto político criminal de la investigación

Una investigación sobre la «obligatoriedad» de los vínculos de tutela que pesan sobre el legislador recuerda mucho a aquella clásica discusión sobre las presuntas obligaciones constitucionales de tutela penal<sup>24</sup>: «ahora como en ese entonces», por tanto, para poder ser afrontada en un plano jurídico, ella debe ser encuadrada en su más amplia dimensión político criminal.

23 *Rectius*: que tiene elevadísimas *chances* de ser declarada comunitariamente ilegítima (v. *infra* puntos 3.3.1., 3.3.1.1.). Señalamos que tal reconocimiento ha encontrado el autorizado aval de FOFANI, *Rilievi critici in tema di riforma del diritto penale societario*, en *Diritto penale e processo*, 2001, p. 1198; en efecto, habíamos considerado publicar en el sitio [www.penale.it](http://www.penale.it), de octubre de 2001 los puntos lógico-normativo del cual se compone este *excursus*.

24 Con su habitual intuición, el «deslizamiento» de la cuestión de los imperativos de criminalización de matriz constitucional a aquellos de naturaleza internacional había sido señalado tiempo atrás por PEDRAZZI, *Diritto penale*, en *Dig. disc. pen.*, Vol. IV, 1990, p. 69.

En esta perspectiva, es necesario tener bien en claro que aquí se mueve sobre un terreno delicado que impone la *cautela máxima* y sugiere mantener una postura muy sospechosa; en efecto –*independientemente* de los conflictos político criminales *específicos*– inyectar en el sistema jurídico obligaciones *formales* en relación con normas penales deducidas de una norma de rango superior directamente vinculante, trae aparejado «efectos colaterales» notorios y evidentes: a) *alteración* del valor relativo de la intervención penal; b) *insensibilidad* de toda valoración en cuanto a la idoneidad de la tutela; c) *imposibilidad* de efectuar un balanceamiento entre intereses tutelados y contra-intereses sacrificados; d) tendencia correlativa a *exceder* en la anticipación de la tutela. El carácter *obligatorio* de la intervención penal, para decirlo sintéticamente, libera al legislador de su «mala conciencia»: reducido a simple ejecutor de elecciones ajenas, el legislador no tiene que dudar más (y, lo más importante, no tiene que rendir cuentas) de la racionalidad y de la adecuación de sus opciones.

Los vínculos *formales* se fundan, en efecto, en una transferencia normativa a instituciones técnico-jurídicas (si se quiere técnico-jurídicas, si no «tecnocráticas» *tout court*) de competencias *propias* del sistema *político*, con el resultado de liberar al primero de responsabilidad en orden a la adopción de determinados instrumentos represivos de tutela<sup>25</sup>, particularmente de la responsabilidad por los (siempre perniciosos) *Nebeneffekte* desarrollados por estos últimos<sup>26</sup>.

Además, siempre en esta perspectiva, pero desde un ángulo diferente, se puede distinguir entre «nuestra» temática y de las más «clásicas» obligaciones constitucionales de incriminación una

semejanza de naturaleza tanto teórica como política.

Hoy como entonces, el tema fomenta *tanto* una cuestión teórica intrigante y espinosa de alto valor metonímico (incluyendo problemáticas inherentes –por no nombrar otras– al equilibrio entre los principios de legalidad, razonabilidad y discrecionalidad en materia de legislación penal), *como* una concreta «razón política» (tocando la cotidianidad de conflictos político-sociales *específicos* y *contingentes*).

En efecto: *Ayer*, el catalizador de la disputa, que terminó por constituir (casi) el único ejemplo, estaba representado por la problemática del aborto en Italia; específicamente por la legitimidad político criminal de la ley nro. 194 del 22 de mayo de 1978 sobre la interrupción del estado de gravidez<sup>27</sup>, no por nada definida «una de las leyes que han inovado más profundamente en el corazón del derecho penale tradicional, con un cambio radical respecto del Código Rocco, en presencia de valoraciones ético-sociales fuertemente diferenciadas»<sup>28</sup>. Se trataba de una cuestión realmente «anfibológica»<sup>29</sup>: el aborto es una figura penal que tutela el bien primario por excelencia, la vida; pero –al mismo tiempo– culturalmente vinculado a la esfera ética (sexual) e históricamente expresiva de un credo *lato sensu religioso*<sup>30</sup>. En un plano estructural, además, como es conocido, el argumento se había centrado en «los presuntos vacíos constitucionales de tutela penal» deducidos del rango primario de los bienes en juego, y veía contrapuestas a las razones de los vínculos *formales* de tutela (pretendidos, de naturaleza exclusivamente *penal* por el *valor* del bien protegido), las razones de los vínculos *racionales* de tutela orientables sobre modelos alternativos para el contra-balanceamiento de beneficios y costos de la misma tutela<sup>31</sup>.

25 Fundamental para un encuadramiento político criminal y en general para la entera temática de las obligaciones PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, en *Rev. it. dir. e proc. pen.*, 1983, p. 484 ss., PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, en *Rev. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 455 ss.; DOLCINI - MARINUCCI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, en *Rev. it. dir. pen. e proc. pen.*, 1994, p. 333 ss.; MARINUCCI - DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 3ra edición, 2001, p. 83 ss., p. 487 ss.

26 Sobre los efectos colaterales (*Nebeneffekte*) conexos al recurso de la sanción penal v. ampliamente PALIERO, *Il principio di effettività*, cit. (nota 25) p. 523 ss., p. 527.

27 Es necesario recordar que el contraste con los principios constitucionales fue planteado también respecto de la «despenalización» efectuada con la ley nro. 319 del 10 de mayo de 1976 sobre la tutela frente a la contaminación de las aguas (llamada ley Merli); para una reconstrucción de la cuestión y para las necesarias referencias bibliográficas y jurisprudenciales v. PULITANÒ, *Obblighi cit.* (nota 25), p. 485 s.; MARINUCCI - DOLCINI, *Corso cit.* (nota 25), p. 507 y las notas relativas. Sin embargo, la problemática del aborto por el valor de los intereses en juego, la distancia entre valoraciones ético sociales contrapuestas y dimensión transnacional, agudizando y poniendo sobre la mesa *todos* los problemas conexos a la cuestión de las obligaciones constitucionales de penalización, representó el «caso» ejemplar, tanto en el plano político como teórico.

28 PULITANÒ, *Obblighi cit.* (nota 25), p. 485.

29 PALIERO, *Il principio di effettività cit.* (nota 25), p. 456.

30 Así, más o menos testualmente, PALIERO, *Il principio di effettività cit.* (nota 25), p. 456 s.

31 Cfr. PULITANÒ, *Obblighi cit.* (nota 25), p. 496; v. también los autores citados en la nota.

Hoy el conflicto pareciera presentarse de una manera no diferente (pero, por decirlo así, con el signo político invertido). El objeto de la contienda es la intervención penal en la empresa, es decir en el sector que más profundamente ha incidido en la historia contemporánea de nuestro país, tanto por el creciente peso específico que el sistema de las empresas ha asumido en «nuestro» tejido económico y social<sup>32</sup>, como por los notorios casos judiciales conocidos como *mani pulite*<sup>33</sup>. En este caso, la disputa es más elemental y drástica y se centra sobre el mismo clima de valores que constituye el objeto de la tutela potencial. A una opción despenalizada de tipo «(vetero) liberal» (liberalismo económico) se contraponen el proyecto «neodirigista» que induce necesidades de pena para cerrar el sistema de control y de gobierno de la economía.

El riesgo del que hay que protegerse, entonces, es que el nuevo conflicto político criminal esparcido por las novedades constitucionales –jurisprudenciales y legislativas–, represente el insidioso terreno de cultivo a través del cual hacer «re-entrar por la ventana» una cuestión que había sido «echada por la puerta». Sin metáfora la pregunta dice: una vez detenida la hipótesis de obligaciones constitucionales implícitas de tutela penal<sup>34</sup> ¿gozan los vínculos comunitarios de tutela de una fuerza vinculante tal (en el ordenamiento comunitario y -sobre todo- en el nacional) como para imponerse de todos modos con «la violencia de las cosas», como la versión moderna de las obligaciones constitucionales de penalización?

#### 4. El resumen de la investigación

Retornando a un plano estrictamente jurídico el desarrollo de la problemática parte de la constatación de que ella se compone –diciéndolo con un léxico de derecho comparado– de tres formantes<sup>35</sup>: Constitución, normas comunitarias que obligan, normas de incriminación internas. Entre éstas se extrínseca una relación triádica que –de modo muy esquemático– puede ser descompuesta en tres relaciones simples entre ellas entrelazadas:

a) normas de incriminación y Constitución; b) norma de incriminación y obligaciones comunitarias de tutela; c) obligaciones comunitarias de tutela y Constitución. La investigación se organizará, por consecuencia, a partir de las temáticas sobre las cuales se han concentrado las tres relaciones simples. En el orden:

a) «normas de incriminación y Constitución»: retomando brevemente los términos del debate, por el momento archivado, sobre las «clásicas» obligaciones constitucionales de tutela penal;

b) «obligaciones comunitarias de tutela y normas de incriminación»: proponiendo un examen de las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno (en particular, el penal); del contenido de las obligaciones comunitarias de tutela; de los instrumentos jurídicos de autotutela del ordenamiento comunitario;

c) «obligaciones comunitarias de tutela y Constitución»: indagando la jurisprudencia constitucional en cuanto al carácter vinculante de las obligaciones comunitarias de tutela, temática entre otras cosas actualizada por el impacto del «neonato» primer párrafo del art. 117, Constitución sobre el sistema de las relaciones entre sistemas jurídicos diferentes.

Por último, sobre la base de los resultados obtenidos del desarrollo de estas tres pistas, intentaremos recomponer la relación triádica y, consecuentemente, la dimensión y el valor en la Constitución de las obligaciones comunitarias de tutela y los efectos relativos que se derivan de éstas sobre las normas internas que constituyen, respectivamente, el cumplimiento o incumplimiento de tales obligaciones.

## II. Desarrollo

### 1. Normas de incriminación y Constitución (consideraciones preliminares)

El examen en este terreno, *prima facie* no plausible, tampoco en la limitada perspectiva de un examen sobre las «clásicas» obligaciones constitu-

32 Cfr. SABELLI, *Storia economica dell'Italia contemporanea*, Milano, 1997, p. 127 ss.

33 Sobre esto v. GINSOBORG, *L'Italia del tempo presente. Famiglia, società civile, Stato, 1980-1996*, Torino, 1998, p. 339 ss.; p. 501 ss.

34 V. *infra* punto 2.

35 Como es sabido, el concepto de *formante* transportado de la lingüística por SACCO, *Lezioni di diritto comparato*, Torino, 1979, se propone distinguir y tomar en consideración todos los vectores normativos diferentes (y co-existent) que dan vida a las reglas operacionales efectivas expresadas por un sistema jurídico; de este modo, es posible disociar las reglas operacionales de la cáscara formal y del rango que reviste un *formante* específico en la jerarquía de las fuentes; para el uso del concepto en las investigaciones comparadas que tienen por objeto reglas penales v. por ejemplo la ilustrativa investigación de GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000; para una sintética y eficaz presentación en el ámbito penal de la teoría de los *formantes* v. PALAZZO - PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2000, p. 30 ss.

cionales de tutela penal,<sup>36</sup> es facilitado por la adquisición de algunos puntos que pueden considerarse *seguros*<sup>37</sup>.

a) No es posible deducir del rango constitucional de un bien una *implícita* obligación formal de tutela penal para el legislador<sup>38</sup>.

La tesis de las obligaciones constitucionales «implícitas» de tutela penal consideraba que del rango constitucional de un bien determinado derivaba una obligación de tutela penal para el legislador. Como es conocido, la cuestión ha representado el desarrollo, llevado a sus extremas consecuencias, de la teoría de los bienes jurídicos constitucionales<sup>39</sup>. En efecto, tal desarrollo se fundaba en, y al mismo tiempo producía, un cambio de la función del bien jurídico constitucional: de criterio-límite, instrumento de legitimación negativa de la intervención penal, éste se transformaba en criterio-fundante, «positivo» y vinculante de la tutela penal.

La cuestión, que ha vivido su fase más aguda en los primeros años ochenta con el florecimiento de una serie de cuestiones de legitimidad constitucional *in malam partem*<sup>40</sup> se ha ido luego estabilizando<sup>41</sup>. Es posible afirmar, en efecto, que la Corte tiende a excluir la admisibilidad de decisiones

manipulativas, en materia penal *in malam partem*<sup>42</sup>, fundadas en el rango primario del bien que se considera no protegido, en el principio de igualdad o en una combinación de ambos, declarándolas inadmisibles por contrastar con la reserva de ley en materia penal reconocida por el art. 25, 2 párrafo, Constitución<sup>43</sup>.

a) Las *únicas* obligaciones de tutela penal que se pueden adscribir a nuestra Constitución son aquellas *expresamente* previstas en la ley fundamental en virtud de cláusulas de penalización *explícitas* y *unívocas*.

Una obligación expresa de tutela penal en nuestra Constitución se encuentra, por ejemplo, en el art. 13, 4to párrafo, donde se establece que «es *penada* toda violencia física y moral sobre las personas sometidas de cualquier forma a restricciones de la libertad».

No sólo el juicio de legitimidad constitucional vigente en Italia necesita de una norma *específica* sobre la cual catalizar el procedimiento. Esto implica que las cláusulas constitucionales expresas de penalización son irrelevantes en caso de *falta de actuación* (parcial o total), al no estar previsto en nuestro ordenamiento la posibilidad de ejercitar un «recurso en carencia» frente a la Corte

36 Entre una amplia literatura v. en particular, también para las necesarias referencias bibliográficas y de derecho comparado PULITANÒ, *Obblighi cit.* (nota 19), p. 484 ss.; PALIERO, *Il principio di effettività cit.* (nota 25), p. 455 ss.; DOLCINI - MARINUCCI, *Costituzione cit.* (nota 25), p. 353 ss.; MARINUCCI - DOLCINI, *Corso cit.* (nota 25), p. 487 ss, en particular p. 506 ss.; G. A. DE FRANCESCO, *Il principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione*, en CANESTRARI (editor), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio - Atti del convegno in ricordo di Franco Bricola*, Torino, 1998, p. 342, (en particular nota 7).

37 El rapidísimo examen que hacemos en este lugar se vale de y se funda en la reconstrucción de la cuestión ofrecida por DOLCINI - MARINUCCI, *Costituzione cit.* (nota 25) p. 350 ss., a la cual obviamente se remite, también por la bibliografía relativa a las varias opiniones expresadas respecto de la problemática.

38 Señalamos en cambio, por lo menos en nota, que el Tribunal Europeo de derechos humanos ha ofrecido algunas señales de aceptación de esta tesis; *cf. affaire X e Y c/ Holanda*, 26 de marzo de 1985, en serie A, n° 91 1985, p. 352 ss; *affaire A c/ Reino Unido*, 23 de septiembre de 1998, en *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 1999 p. 585 ss., con un amplio comentario de SILVANI, *Jus corrigendi, reasonable chastisement e divieto di trattamento o punizioni degradanti o disumane ex art. 3 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Sobre los efectos expansivos del TEDH v., por todos, DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, 1992, p. 396 ss.

39 BRICOLA, *Teoria generale del reato*, en *Novissimo dig. it.*, 1973 p. 8 ss.

40 Para las referencias jurisprudenciales v. PULITANÒ, *Obblighi cit.* (nota 25), en particular notas 3 y 6, MARINUCCI - DOLCINI, *Corso cit.* (nota 25), en particular p. 570, nota 75.

41 Observando las fechas es más que plausible sostener que el fundamental trabajo de Pulitanò publicado en 1983 en *Rev. it. dir. e proc. pen.*, al cual hemos hecho varias veces referencia, ha desarrollado una función clave en la tarea de estabilización de la jurisprudencia.

42 Sin embargo, la sentencia de la Corte Const. nro. 440 del 1995 en tema de blasfemia (contravención hoy despenalizada por la ley 507 de 1999) donde es innegable la intervención manipulativa, también *in malam partem*, producida por la Corte justamente a partir de la reconstrucción del bien jurídico; por una lúcida crítica a tal decisión v. D'AMICO, *Una nuova figura di reato: la bestemmia contro la «Divinità»*, nota a la sentencia de la Corte Const. nro. 440 de 1995, en *Giur. cost.*, 1995, p. 3487 ss.

43 *Cfr.*, por ejemplo, Corte Const. nro. 447 de 1998, Corte Const. 18 de enero 1996. Para una reseña amplia de la jurisprudencia constitucional respecto de las decisiones *in malam partem* en materia penal se remite a la nota editorial publicada al margen de la ordenanza nro. 172 de 1998 en *Giur. cost.*, 1998, p. 1443 ss.

constitucional<sup>44</sup>. Al contrario, las hipótesis de desincriminación-despenalización *sucesiva*<sup>45</sup> de la norma penal que es constitucionalmente necesaria son, en cambio, «accionables». En efecto, según las reglas del juicio de constitucionalidad vigente en Italia, en estos casos nos encontramos en presencia de una norma específica (la norma modificadora, de abrogación) en la cual catalizar el juicio de ilegitimidad en virtud del contraste entre la norma modificadora/de abrogación y la cláusula de penalización impuesta por la Constitución.

Así –para utilizar nuevamente la hipótesis ejemplificadora expuesta por Dolcini y Marinucci– «si fuere despenalizada la norma del código penal italiano que incrimina el abuso de autoridad contra detenidos y arrestados (art. 608), podrá denunciarse, por contrastar con la obligación constitucional de incriminación» (contenida en el art. 13.4 párrafo, Constitución), «la ilegitimidad de la norma despenalizadora: su consiguiente declaración de ilegitimidad, que desvirtúa también el efecto de abrogación de la norma de incriminación precedente, hará “revivir” la disposición ilegítimamente abrogada»<sup>46</sup>.

En conclusión: las únicas obligaciones constitucionales de tutela penal jurídicamente accionables son las obligaciones *expresas*, en la hipótesis par-

ticular de que después de haber sido actuadas a través de una ley del Estado, resulten posteriormente desatendidas por la intervención de una norma modificadora/de abrogación.

### 2. Obligaciones comunitarias de tutela y normas de incriminación

En el ámbito comunitario, esbozando los puntos esenciales sobre los que se desarrolla el sistema, se deben mencionar, en primer lugar, las relaciones entre norma nacional y norma comunitaria; por tanto, la relación que existe entre el derecho penal (nacional) y el derecho comunitario.

#### 2.1. Una precisión: derecho comunitario y derecho de la Unión Europea

Se deben distinguir claramente, por lo menos en la economía de nuestro discurso, las normas del derecho comunitario –a las que hacemos referencia– de las normas del derecho de la Unión Europea emanadas en el marco de la cooperación prevista en el título VI (el llamado tercer pilar) del Tratado de la Unión Europea (TUE)<sup>47</sup>. Las segundas, siendo organizadas según las formas de la

44 Cfr., también aquí, DOLCINI - MARINUCCI, *Costituzione cit.* (nota 25) p. 354 s.; v., además, también para las necesarias actualizaciones bibliográficas y jurisprudenciales MARCENÒ, *La Corte costituzionale e le omissioni incostituzionali del legislatore: verso nuove tecniche decisorie*, en *Giur. cost.*, 2000, p. 1985 ss.

45 La terminología que hemos adoptado entiende con «despenalización» a la degradación del ilícito penal en ilícito administrativo, civil, disciplinario, etc., mientras que con «desincriminación» se entiende el pasaje de una tutela penal a ninguna tutela. Sobre las varias opciones taxonómicas y sobre las razones que justifican la terminología adoptada v. por todos PALIERO, *Depenalizzazione*, en *Dig. disc. pen.*, 1989, p. 430. Para una utilización «sistemática» de la dicotomía despenalización/desincriminación v. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes cit.* (nota 38), *passim*.

46 Así textualmente DOLCINI - MARINUCCI, *Costituzione cit.* (nota 25) p. 355 s. Un aspecto problemático, pero esclarecido por los autores, se refiere a la hipótesis en la cual el juicio versa sobre la legitimidad constitucional de un hecho cometido *después* de la entrada en vigor de la norma despenalizadora. Si los hechos hubiesen sido cometidos *antes* de que interviniese la despenalización del delito constitucionalmente obligatorio, la cuestión de legitimidad se presentaría, en efecto, como relevante, justamente porque el objeto del juicio se refiere a la aplicación o no de una norma de incriminación respecto de la cual se objeta la abrogación; dado que la norma de incriminación estaba en vigor al tiempo de la comisión del delito, su aplicación no contrasta con el principio de irretroactividad (así, casi textualmente DOLCINI - MARINUCCI, *Costituzione cit.* (nota 25), p. 356). En cambio, si los hechos hubiesen sido cometidos *después* de la entrada en vigor de la norma despenalizadora parecería eliminarse el requisito previsto por el art. 23 de la ley nro. 87 de 1953 de que la *cuestión sea relevante* para la resolución del juicio principal, dado que el imputado deberá, de todos modos, ser absuelto por la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal dispuesto por el art. 25, segundo párrafo, Const., *independientemente* de la fundamentación de la cuestión. Sin embargo, la Corte Constitucional ha dejado en claro que la *relevancia no se elimina*, ya que justamente en homenaje al principio fundamental de civilidad jurídica, elevado a nivel constitucional por el segundo párrafo del art. 25 Const., el eventual acogimiento incide sobre las *fórmulas de liberación del proceso* reflejándose sobre el esquema de argumentación de la sentencia penal absolutoria (así, Corte Const., sentencia 148 de 1983, punto 3 del considerando en derecho; el cursivo es nuestro). [Nota del Traductor: el sistema procesal penal italiano conoce dos fórmulas de liberación del proceso (*proscioglimento*): por un lado, la sentencia de que no se debe proceder, que incluye los casos en que la acción no debía ser iniciada o proseguida, es inexistente o contradictoria la prueba de una condición de procesabilidad o en caso de extinción del hecho penal (arts. 529 y 531, CPP); por el otro, la sentencia de absolución, prevista para los casos en que el imputado no ha cometido el delito, el hecho no está previsto en la ley como delito, o el hecho no constituye delito (casos de imputabilidad; actuar justificado, etc.)]

47 Sobre el tercer pilar v. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, en *Dir. Un. eur.*, 1998, p.481 s.; desde la perspectiva penal v. SICURELLA, *Il Titolo VI del trattato di Maastricht e il diritto penale*, en *Rev.*

«cooperación intergubernamental», restan fuentes «normales» de derecho internacional contractual, no correspondiéndoles la cualidad propia del derecho comunitario en sentido estricto (*in primis*, la capacidad de penetración en el ordenamiento interno y las prerrogativas jurisdiccionales reservadas al Tribunal de Justicia).

Para algunos sectores, sin embargo, la dicotomía derecho comunitario-derecho de la Unión europea entra parcialmente en crisis; nos referimos a aquellas estructuras normativas pertenecientes al tercer pilar, pero que encuentran su primera base jurídica en el derecho comunitario. En esta «zona gris» se inscriben las materias que han sido «comunitarizadas»<sup>48</sup> y los instrumentos de cooperación intergubernamental del tercer pilar a tutela de los intereses financieros de la Comunidad Europea<sup>49</sup>: En efecto, este último bien es, por un lado, de directa pertinencia y competencia comunitaria<sup>50</sup> y, por el otro, ha encontrado tutela también a través de los instrumentos de cooperación arriba citados<sup>51</sup>. Aunque el argumento escapa del marco de nuestra investigación, la precisión es importante porque,

por lo menos en este lugar, nos parece que una hipotética violación de estas particulares «obligaciones internacionales de tutela fundadas en el derecho comunitario» arrastre consigo *per relationem*, en alguna medida, también una violación de las obligaciones comunitarias.

## 2.2. Derecho comunitario y derecho nacional

El dato de partida está constituido, como es conocido a todos, por la prevalencia de la normativa comunitaria<sup>52</sup> sobre la normativa interna<sup>53</sup>.

En los caminos seguidos por los diversos Estados para dar actuación a este principio fundamental, concierne a la misma existencia del ordenamiento comunitario, Italia se caracteriza por el método utilizado: una interpretación del texto constitucional vigente, esto es, particularmente, del art. 11. De este modo, sin realizar una revisión constitucional<sup>54</sup> nuestro ordenamiento se ha adaptado «filtrando» las normas comunitarias a través del art. 11 en modo de garantizar

*it. dir. e proc. pen.*, 1997 p. 1307 ss.; MILITELLO, *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, en MILITELLO - PAOLI - ARNOLD (editores) *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, Milano, 2000, p.22 ss.; AAVV, *Vers un droit pénal communautaire? Le titre VI di Traité sur l'Union européenne et la matière pénale*, en *Rév. sc. crim. dr. pén. comp.* 1995, p. 1 ss.; Sobre las modificaciones operadas por el Tratado de Amsterdam v. SOULIER, *Le traité d'Amsterdam et la coopération policière et judiciaire en matière pénale*, en *Rév. sc. crim. dr. pén. comp.*, 1998, p. 247 s. Respecto de las variaciones e innovaciones en materia penal adoptadas en Niza en diciembre de 2001 (entre las cuales recordamos la Carta de los derechos fundamentales, la Unidad provisoria de coordinación de las investigaciones judiciales -*Eurojusts*-), v. RANCÉ - DE BAYNAST, *L'Europe judiciaire*, Paris, 2001, en particular p. 55 ss.

48 Sobre la «proceso de comunitarización» en materia de políticas migratorias v. *infra* nota 127.

49 Cfr. las observaciones críticas de VERVAELE, *L'applicazione del diritto comunitario: la separazione dei beni tra il primo e il terzo pilastro*, en *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996, p. 507 s.; MANACORDA, *Unione europea e diritto penale: stato della questione e prospettive di sviluppo*, en *Studium Juris*, 1997, p. 946 ss.; SICURELLA, *Il Titolo VI cit.* (nota 47), p. 1325 ss.; diversamente RINOLDI, art.280, en POCAR (editor), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, en particular p. 937 ss.

50 Encuentra su primer base jurídica en el art. 280 del TCE.

51 Nos referimos en particular a la Convención sobre la tutela de los intereses financieros de las Comunidades europeas de 1995 (llamada Convención PIF), primer y tercer protocolo de esta Convención, que encuentran hoy su base jurídica en el art. 29, segundo párrafo y en el art. 31, letra e), TUE, ratificados y publicados en anexo, con la reciente ley nro. 300 del 29 de septiembre de 2000, publicada en *Gazz. uff.* del 25 de octubre de 2000. Señalamos además que para remediar la evidente anomalía de esta superposición de competencias se encuentra en vía de aprobación una propuesta de directiva tendente a transferir la tutela penal de los intereses financieros del tercer al primer pilar (Propuesta de directiva del Parlamento europeo y del Consejo «relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad» del 23 de mayo de 2001, COM (2001) 272).

52 Recordamos que -para nuestro juez constitucional- componen el «derecho comunitario» y tienen por tanto prevalencia respecto del derecho interno, las normas contenidas: a) en los *Tratados institutivos*; b) en los *actos de derecho derivado* (para las directivas v. por ejemplo Corte Const. nro. 64 de 1990 y Corte Const. nro. 168 de 1991, esta última decisión referida a la desaplicación de la norma penal interna que contrasta con el derecho comunitario); c) en las *mismas sentencias* del Tribunal de Justicia (Corte Const. nro. 113 de 1985 y nro. 389 de 1989).

53 La primacía de las normas comunitarias abarca a *todas* las normas internas, incluso aquellas de rango constitucional, con excepción, como veremos, de los derechos inviolables de la persona humana y de los principios supremos del ordenamiento, cfr. Corte Const., sentencias nro. 183 de 1973, 170 de 1984 y 232 de 1989.

54 Como ha ocurrido en cambio en otros Estados, por ejemplo en Francia y Alemania, donde se ha considerado oportuno proceder a las pertinentes modificaciones constitucionales para consentir las limitaciones de soberanía necesarias derivadas de la pertenencia a las Comunidades europeas; para informaciones sobre las experiencias francesa y alemana con las respectivas referencias normativas actualizadas a las modificaciones operadas con el Tratado de Amsterdam véase CUOCOLO, *L'Europa del mercato e l'Europa dei diritti*, en *Giur. cost.*, 2000, p. 604 s.

a éstas últimas la prevalencia respecto de las fuentes internas<sup>55</sup>.

Tal operación, como es conocido, ha tenido lugar esencialmente a través de un diálogo que se instauró entre la Corte constitucional<sup>56</sup> y el Tribunal de Justicia<sup>57</sup>, el cual ha encontrado un punto de equilibrio satisfactorio a partir de la sentencia n. 170 de 1984 de la Corte constitucional<sup>58</sup>, en la cual –desde la perspectiva del juez constitucional italiano– han sido fijados los puntos esenciales de tal relación. Éstos se pueden sintetizar del siguiente modo: a) *desaplicación* del derecho interno contrastante con el derecho comunitario, operada directamente *por parte del juez ordinario* sin necesidad de plantear la pertinente cuestión de legitimidad constitucional; a) *competencia prejudicial* reservada al Tribunal comunitario para la interpretación y control de legitimidad del derecho comunitario; c) *control de última instancia* que la Corte constitucional se reserva, de todos modos, para evaluar si los resultados de la obra comunitaria son compatibles con los derechos inalienables de la persona humana que constituyen los principios supremos de nuestro ordenamiento.

### 2.3. La doctrina de los «contra-límites»

La Corte constitucional ha querido garantizar al sistema normativo sujeto a su control una contrapartida, a cambio de las limitaciones de soberanía sufridas por éste en favor del ordenamiento comunitario: tal contrapartida está representada por la llamada «doctrina de los contra-límites». Según ésta, el derecho interno, también aquel de rango constitucional, debe ceder de frente a la norma comunitaria, pero en el momento en que la norma comunitaria contraste con aquel subconjunto articulado de principios constitucionales formado por los «principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional y por los derechos inalienables de la persona humana»<sup>59</sup> –considerados imprescindibles y puestos en el nivel más alto de la jerarquía de las fuentes (una suerte de «Grundnorm» formalizada en cánones)–, será la *norma comunitaria* la que ha de ser desaplicada por la Corte constitucional<sup>60</sup>.

Ahora, en un plano lógico «la doctrina de los contra-límites» representa una aporía del sistema, ya que en el caso en el cual la normativa comunitaria sea desaplicada por la Corte constitucional por ser contraria a los «principios

55 Entre una literatura inmensa véase la síntesis de ROSSI, *Rapporti fra norme comunitarie e norme interne*, en *Dig. disc. pubbl.*, 1997, p. 367 ss.; CARTABIA - WEILER, *L'Italia in Europa, Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, p. 129 ss.; fundamental nos parece también el ensayo pionero de PAONE, *Primato del diritto comunitario e disapplicazione del diritto degli Stati membri*, en *Riv. dir. intern.*, 1978, p. 429 ss. y las observaciones de PINELLI, *Le fonti del diritto nell'epoca dell'internazionalizzazione*, en *Dir. pubbl.*, 1995, p. 359 ss., en particular p. 372 ss. Para una vibrante crítica al punto de vista de la Corte Constitucional –aceptada en doctrina casi unánimemente– véase BERNARDINI, *La sovranità popolare violata nei processi normativi internazionali ed europei*, Napoli, 1997, p. 40 ss.; p. 95 ss.

56 Los pasajes esenciales de la evolución de la Corte Constitucional están fijados en las sentencias nro. 14 de 1964, nro. 183 de 1973, nro. 177 de 1984 y nro. 232 de 1989.

57 Desde el punto de vista de la Corte de Luxemburgo el principio encuentra su origen en las celeberrimas sentencias del 5 de febrero de 1963, causa 26/62 *Van Gend & Loos* y del 15 de julio de 1964, causa 6/64 *Costa*.

58 Entre el punto de vista del Tribunal de Justicia y el de la Corte Constitucional perduran parcialmente diferencias respecto de un punto central: para el Tribunal de Justicia –adhiriendo a la concepción «monista»– el derecho comunitario está integrado en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros en posición supraordenada respecto al derecho nacional; para nuestro juez constitucional, en cambio, «los dos sistemas están configurados como autónomos y distintos, aun cuando coordinados, según la repartición de competencias establecida y garantizada por el Tratado», así en el punto 7 del considerando en derecho de la sentencia nro. 183/73, en *Giur. cost.*, 1973 p. 2415; el pasaje retomado textualmente en el punto 4 del considerando en derecho de la sentencia nro. 170/84 es además definido como «un punto fijo en la construcción jurisprudencial de las relaciones entre derecho comunitario y derecho interno», *ivi* 1984, p. 1113. La diferente perspectiva se refleja en efecto en la *cualificación* de la primacía de la norma comunitaria sobre la normativa interna: para el Tribunal de Justicia la primacía se configura en términos de una verdadera y propia superioridad jerárquica de la normativa supranacional; para la Corte Constitucional la primacía está justificada sobre la base del criterio de la separación de competencias; para ella, en síntesis, los dos órdenes de fuentes son paralelos y, por eso, en teoría destinados a no encontrarse nunca; en este sentido, casi textualmente CARTABIA - WEILER, *cit.* (nota 55), p. 173 s.

59 Así textualmente la Corte Constitucional en el punto 9 del considerando en derecho de la sentencia nro. 183/73 y en el punto 7 del considerando en derecho de la sentencia nro. 170/84.

60 Sobre los «contra-límites» v., por todos, también por las referencias jurisprudenciales CARTABIA - WEILER, *cit.* (nota 55) p. 167 s. y el CD-ROM anexo al volumen; el mecanismo, como es conocido, ha encontrado sus protagonistas en las Cortes constitucionales italiana y alemana; se debe señalar que esta última Corte en particular ha dictado recientemente una sentencia destinada a precisar, en su perspectiva nacional, el sistema de los contra-límites, cfr. *Bundesverfassungsgericht*, 7 de junio de 2000, en *RTD eur.*, 2001, p. 155 ss.; en particular el *BVerfG* ha dejado en claro que la violación de los derechos fundamentales por parte de la Comunidad debe ser «manifiesta, es decir que es necesario que se constaten déficit estructurales en la protección de los derechos fundamentales» (*ivi*, p. 160 nuestra traducción del francés).

fundamentales», inevitablemente esto comporta una desautorización de las prerrogativas comunitaria que, a través del art. 11, encuentran su legitimidad en una norma de *rango constitucional*. En el plano de la práctica, sin embargo, tal doctrina ha determinado una fuerte aceleración en el proceso de subordinación de las Comunidades europeas, primero, y de la Unión Europea, después, al respeto de los derechos fundamentales. En efecto, como se ha afirmado, «la reserva de control de constitucionalidad se cualifica sustancialmente como una suerte de *arma final*, que existe –podremos decir– para no ser jamás *debranché*»<sup>61</sup>, cuyo objetivo es el de admitir las limitaciones de soberanía impuestas por el sistema comunitario «a condición de que» este último garantice un nivel de protección de los derechos fundamentales equivalente a aquel garantizado en el derecho nacional. Por tanto, dejando de lado todo orgullo chauvinista, el proceso de «integración crítica» que ha encontrado en «nuestra» Corte constitucional un protagonista indiscutido<sup>62</sup> ha producido, y produce, una valiosísima función de

control y de «civilización jurídica» del derecho comunitario<sup>63</sup>.

#### 2.4. Derecho comunitario y derecho penal: las necesidades de tutela entre demanda europea y oferta nacional

En cuanto concierne a la relación entre derecho penal y ordenamiento comunitario<sup>64</sup> el punto firme del cual se puede partir está constituido por la *incompetencia* específica de la Comunidad Europea en materia de sanciones criminales. No obstante las voces contrarias en la doctrina, el ordenamiento comunitario se ha conformado, en efecto, hasta el momento a tal principio<sup>65</sup>. La argumentación más sólida consiste en el *déficit* de democracia que sufre la Comunidad Europea: Sus actos, al no provenir de instituciones investidas de la soberanía popular, no están legitimados a poner en juego la libertad personal. En la perspectiva italiana, una eventual competencia penal de la Comunidad Europea contrastaría con la reserva de ley en materia penal, prevista en el art. 25, 2° párrafo, Constitución<sup>66</sup>, y dado que tal

61 Así, LUCIANI, *La crisi del diritto nazionale*, en VIOLANTE (editor), *Legge, diritto, giustizia, Storia d'Italia, Annali*, vol. 14, 1998, Torino, p. 1025.

62 Para un reconocimiento explícito del rol fundamental y pionero desarrollado por la Corte Constitucional italiana en el proceso en cuestión véase, en la doctrina francesa: DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, 1994, p. 98; en la doctrina belga: OST - VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit?* 2001, p. 12 del texto disponible en la página [www.drt.ucl.be/Ost/vdK](http://www.drt.ucl.be/Ost/vdK), y que constituirá el primer capítulo de una monografía en curso de elaboración.

63 Para una reconstrucción ágil y eficaz v. GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, en *Riv. int. dir. dell'uomo*, 1991, p. 617 ss. Recordamos además que el ingreso de los derechos fundamentales en la Unión Europea, que constituye uno de los capítulos centrales de la evolución europea actual, además del explícito reconocimiento de derecho positivo contenido en el art. 6 del TUE, dispone hoy de la «Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea» adoptada con solemne proclamación en Niza el 7 de diciembre de 2000, la cual ha catalogado en un único *corpus* normativo el contenido de los principios de la Unión. Sobre la Carta v., sobre todo, BIFULCO - CARTABIA - CELOTTO (editores), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001; v. también la útil reseña el Tribunal de Justicia y del TEDH, ordenada artículo por artículo, en FERRARI-BRAVO - DI MAJO - RIZZO, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2001; sobre el alcance jurídico y sobre las funciones de la Carta v. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, en *Giur. cost.*, 2001, p. 193 ss.; y el volumen de los representantes italianos en la *Convention* que ha elaborado la Carta, MANZELLA - MELOGRANI - PACIOTTI - RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2000.

64 La perspectiva que aquí interesa está limitada a la llamada función expansiva desarrollada por el derecho comunitario sobre el derecho penal y no al efecto contrario según el cual de la norma europea se deriva que el derecho penal interno contrastante debe «ceder». Sobre tal efecto sigue siendo fundamental para la perspectiva italiana de tipo «dualista» GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989; p. 269 s., v., también la excelente síntesis ofrecida por MANACORDA, *Unione europea cit.* (nota 49), p. 946 ss. Para la perspectiva «monista», donde, en coherencia con tal perspectiva, tal efecto es calificado comúnmente como «neutralización» v. también para las necesarias referencias bibliográficas y jurisprudenciales: HUET - KOERING-JULING, *Droit pénal international*, Paris, 2001, p. 61 ss. Para una amplia casuística véanse las *Chroniques de Jurisprudence* publicadas en la *Révue de sciences criminelles et de droit pénal comparé* a partir de 1981 y el observatorio del Tribunal de Justicia coordinado por RIONDATO en *Diritto penale e processo* a partir de 1997.

65 En este sentido, explícito el informe sobre la correlación entre el derecho comunitario y el derecho penal, en particular los nros. 8 y 11 de la motivación, presentada a nombre de la Comisión jurídica: relator honorable De Keersmaecker, Parlamento europeo, documentos de sesión 1976-1977, doc. 531/76, publicado en *Riv. dir. eur.*, 1977, p. 195; para otras tomas de posición oficiales en tal sentido v., además de aquellas indicadas en el informe mencionado, GRASSO, *Comunità cit.* (nota 64), p. 1. Para una presentación de las diversas posiciones expresadas v., por ejemplo, BERNARDI, *Osservazioni sui principi e criteri direttivi in tema di sanzioni previsti dalle leggi comunitarie 1995-1997 y 1998*, en *Riv. dir. agr.*, 1999, p. 230 s., en particular las notas 3, 4 y 5.

66 V., por todos, GRASSO, *La formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, en GRASSO (editor), *Prospettive di un diritto penale europeo*, Milano, 1998, p. 2 ss.; para la perspectiva italiana MARINUCCI - DOLCINI, *Corso cit.* (nota 25), p. 61 ss.

principio ha de considerarse, seguramente, un principio supremo de nuestro ordenamiento, una eventual competencia penal de la Comunidad Europea, sin colmar primeramente el *déficit* de soberanía, correría el riesgo de crear un conflicto susceptible de hacer accionar el mecanismo de los «contra-límites».

No existiendo, por tanto, normas comunitarias de incriminación directamente aplicables, la normativa comunitaria *in malam partem* no tiene jamás eficacia directa; los «efectos expansivos» del ámbito de lo penalmente relevante imputables a la política criminal europea tienen lugar, por tanto, a través del recurso al derecho nacional.

En relación con esta cuestión, sin embargo, las aguas se están agitando de tal manera que es necesario realizar algunas precisiones.

En primer lugar, con la simultánea aprobación del Tratado de Amsterdam y la elaboración del proyecto de un *Corpus Juris* unitario en todo el territorio comunitario para proteger los intereses financieros de la Comunidad Europea<sup>67</sup>, en doctrina parece abrirse camino la idea de que la Comunidad Europea disponga, con base en el nuevo art. 280, TCE, de una competencia penal *autónoma*, cuando ésta se muestre necesaria para la tutela de los propios intereses financieros<sup>68</sup>. Además, de acuerdo al modelo de las disposiciones contenidas en el *Corpus Juris*, se encuentra en una fase avanzada de aprobación un proyecto de directiva del Parlamento europeo y del Consejo «relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad»<sup>69</sup> conteniendo la definición de los delitos de fraude, corrupción y blanqueo de capitales y finali-

zando a reconducir al seno del derecho comunitario la tutela *penal* de los intereses financieros de la Comunidad Europea, hoy confiada, como hemos visto, a instrumentos del tercer pilar. El articulado elaborado por la Comisión, que ha de aprobarse con el procedimiento de co-decisión, ha sido profundamente enmendado por el Parlamento europeo que, entre otras cosas, ha considerado oportuno proponer la adopción de este texto por vía reglamentaria<sup>70</sup>; por tanto, a través de un acto que, contrariamente a la directiva, es directamente aplicable: esto implicaría la afirmación de una competencia penal autónoma en cabeza de la Comunidad con base en el art. 280, TCE, aunque limitada al sector específico de los intereses financieros de la Comunidad Europea.

En segundo lugar, la incompetencia penal de la Comunidad Europea, además de derivarse de la incompatibilidad con el principio de reserva de ley en materia penal previsto en las Constituciones de algunos Estados miembros (entre ellos Italia), se apoya en el respeto de los derechos fundamentales al que el derecho comunitario está obligado de acuerdo al art. 6.2º párrafo, TUE: y entre tales derechos se encuentra el principio de legalidad en materia penal<sup>71</sup>.

Es también cierto que la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, que prevé en el art. 49 el principio de legalidad y proporcionalidad de los delitos y de las penas, ha adoptado una formulación de este último principio que deja abierto el camino a posibles competencias penales de la Unión Europea<sup>72</sup>: La cuestión, sin embargo, está muy lejos de estar definida, y también la cuali-

67 Sobre esto, v. GRASSO (editor), *Verso uno spazio giudiziario europeo, Corpus Juris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Milano, 1997; DELMAS-MARTY - VERVAELE (editores), *La mise en œuvre du Corpus Juris dans les États membres*, Vol. 1, Amberes-Groningen-Oxford, 2000; v. además, PALIERO, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la parte generale di un codice penale dell'Unione europea*, en *Rev. it. dir. e proc. pen.*, 2000, p. 466 ss. *passim*; AAVV, *Tavola rotonda: Il «Corpus Juris» e le prospettive di riforma del sistema repressivo comunitario*, en GRASSO (editor), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, Milano, 2000, p. 341 ss.

68 En esta perspectiva TIEDEMANN, *Pour un espace juridique commun après Amsterdam*, en *Agon*, nro. 17 (1997), p. 12 ss.; PICOTTI, *Potestà penale dell'Unione europea nella lotta contro le frodi comunitarie e possibile «base giuridica» del Corpus Juris. In margine al nuovo art. 280 del Trattato Ce*, en GRASSO (editor), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, Milano, 2000 p. 357 s.; v. además las posiciones sobre el punto expresadas por los *experts* que han redactado la segunda versión del *Corpus Juris*, en particular –si bien con diversidad de matices– inclinándose por una competencia penal de la CE limitada a la tutela de sus intereses financieros y la correlativa posibilidad de adoptar el *Corpus Juris* por vía reglamentaria los profesores Bagigalupo, Delmas-Marty, Spinellis, Tiedemann, Vervaele y Van de Wyngaert; en sentido contrario, en cambio, Spencer y Grasso, en DELMAS - MARTY - VERVAELE (editores), cit. (nota 67), p. 385 ss.

69 Propuesta de directiva del Parlamento europeo y del Consejo «relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad» del 23 de mayo de 2001, COM (2001) 272.

70 *Projet de résolution législative du Parlement européen sur la proposition de directive du Parlement et du Conseil relative à la protection pénale des intérêts financiers de la Communauté PE 305.612.*

71 Por todos, GRASSO, *La formazione cit.* (nota 66), p. 2 ss.

72 El primer párrafo del art. 49 (reproponiendo un texto casi idéntico al contenido en el art. 7 de la CEDH) recita, en efecto, «Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional», en particular el uso del término «derecho» en lugar de «ley» y el hecho de mencionar jun-

ficada doctrina que ha intervenido sobre el punto se muestra dubitativa acerca de la efectiva capacidad de tal formulación del principio de legalidad para fundar una potestad penal de la Comunidad Europea, también en consideración de los otros principios contenidos en la Carta, particularmente aquellos previstos por los arts. 52 y 53<sup>73</sup>.

La exigencia de recurrir al derecho nacional de línea, por tanto, el llamado «derecho penal comunitario»<sup>74</sup>, como resultado de la *estratificación* de varios niveles normativos organizados según las respectivas competencias repartidas entre Comunidad Europea y ordenamiento interno, en donde, en síntesis, a una *demanda* expresa del derecho comunitario de protección de los bienes 'creados' por su actividad, debe corresponder una *oferta* de tutela de parte del legislador nacional.

Se debe precisar, además, que el derecho comunitario rara vez impone *sic et simpliciter* la adopción de normas *penales*. Generalmente, la obligación de tutela del bien que le es exigida a los Estados miembros por el *derecho comunitario* está constituida por la exigencia genérica de dotar a una normativa comunitaria determinada con medidas coercitivas que sean «*adecuadas*», «*proporcionadas*», «*eficaces*», dejando al legislador interno la libertad de elegir entre sanción pe-

nal, penal administrativa o de otra naturaleza (para-disciplinaria o, al límite, también civil).

También aquí es necesaria una precisión. Es sabido, en efecto, que las Comunidades disponen de un poder sancionatorio *autónomo* de naturaleza administrativa, originariamente específico y limitado al sector de la competencia<sup>75</sup> y actualmente general para la tutela de los propios bienes considerados merecedores de protección autónoma<sup>76</sup>. Sin embargo, la Comunidad, en homenaje al principio de subsidiariedad de la intervención comunitaria respecto de la nacional, ha utilizado con extrema parsimonia este poder y, por consiguiente, la distribución de la potestad sancionadora entre Estado y Comunidad *no* se ha centrado según una correlación de este tipo: a) derecho penal ? competencia nacional; b) derecho penal administrativo ? competencia comunitaria.

Al contrario, en materia sancionadora la *regla* es el mecanismo estratificado entre demanda de tutela comunitaria y oferta (penal o penal administrativa) nacional<sup>77</sup>.

Estas «*formuluchas vagas*»<sup>78</sup> («*formulette pigre*») readquieren toda su vitalidad preceptiva por medio del control ejercitado por el Tribunal de Justicia en virtud de los principios fundamentales de *cooperación leal*<sup>79</sup> y de *proporcionali-*

to a los delitos de derecho interno aquellos internacionales dejan abierta esta vía. Una eficaz y sintética reconstrucción de la problemática, documentada con referencias de derecho interno y comparado, así como emerge de una primera lectura de esta disposición es ofrecida por D'AMICO, *Articolo 49*, en BIFULCO - CARTABIA - CELOTTO *cit.* (nota 63) p. 334 ss.; sobre el art. 7 CEDH v. BERNARDI, *art. 7*, en BARTOLE - CONFORTI - RAIMONDI, *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 249 ss.; DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes cit.* (nota 38), p. 379 ss.

73 Cfr. D'AMICO, *Articolo 49*, en BIFULCO - CARTABIA - CELOTTO *cit.* (nota 63), p. 337.

74 Para una presentación de las diferentes formas a través de las cuales se realiza el llamado derecho penal comunitario v. BERNARDI, *I tre volti del diritto penale comunitario*, en PICOTTI (editor), *Possibilità e limiti di un diritto penale europeo*, Milano 1999, p. 41 s.; una penetrante reconstrucción de los principios que constituyen el núcleo de la parte general del derecho penal europeo es ofrecida por PALIERO, *La fabbrica del Golem cit.* (nota 67), p. 466 ss.

75 Nos referimos a las tradicionales «*multa*» e «*indemnización por mora*» previstas, sobre la base del art. 83, TCE, en los reglamentos CEE nros. 11/60, 17/62 (modificado por última vez por el reglamento CE nro. 1216/99), 1017/86, 4056/86, 4064/89 sobre los cuales remitimos a D'ALESSIO, *art. 83*, en POCAR (editor) *cit.* (nota 49), p. 406 ss.

76 Las Comunidades europeas han generalizado, en efecto, su poder sancionatorio a través del uso con finalidades alictivas de instrumentos previstos originariamente en la reglamentación en materia de agricultura y pesca con finalidades reintegrativas en el patrimonio comunitario de las subvenciones irregularmente pagadas; tal operación, impugnada por la República Federal de Alemania, ha sido, en cambio, reconocida expresamente por el Tribunal de Justicia de acuerdo con el art. 229, TCE (c. 240/90, 27 de octubre de 1992, *República Federal de Alemania c Comisión*, en *Riv. trim. dir. pen. ec.* 1993, p. 739, con un amplio comentario de GRASSO, *Recenti sviluppi in tema di sanzioni amministrative comunitarie*); sobre la base de tal evolución se ha adoptado, como es conocido, el Reglamento CE, Euratom nro. 2988/95 del Consejo del 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades europeas, que representa la racionalización en forma de código de tal modelo sancionatorio; sobre este poder penal administrativo de la Comunidad v. el amplio y profundo análisis de PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative comunitarie*, Padova, 1998, en particular p. 20 ss., p. 103 ss.; MAUGERI, *Il regolamento 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, en GRASSO (editor), *La lotta contro la frode cit.* (nota 67) p. 149 ss.

77 Cfr. BERNARDI, *Osservazioni cit.* (nota 65), p. 234 ss.

78 La expresión es de BERNARDI, *Osservazioni cit.* (nota 65), p. 236., a quien se remite para una clara reconstrucción de los principios y criterios utilizados por el Tribunal de Justicia y por las puntuales referencias jurisprudenciales, *ivi*, p. 336 ss.

79 El principio de cooperación leal se deduce del art. 10, TCE: «Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión. Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas

dad<sup>80</sup>. De tales principios surge para los Estados miembros la obligación de adoptar medidas punitivas *idóneas* para garantizar la observancia de la disciplina comunitaria y *proporcionales* a la gravedad del hecho y a las exigencias de tutela.

La existencia de una verdadera y propia obligación y no de una simple facultad ha sido afirmada por el Tribunal de Justicia en el paradigmático *leading case* en la materia: en la muy conocida sentencia del maíz greco-yugoslavo, en donde fue condenada Grecia, se ha afirmado que el principio de cooperación leal previsto en el art. 5, TCE (ahora, art. 10, TCE) «impone a los Estados miembros el adoptar todas las medidas destinadas a garantizar el alcance y la eficacia del derecho comunitario. Éstos deben velar, por tanto, particularmente, por que las violaciones al derecho comunitario sean sancionadas en términos análogos a aquellos previstos para las violaciones al derecho interno de similar naturaleza e importancia, y por que *en todo caso* le sea conferida a la sanción misma un carácter de efectividad, de proporcionalidad y de capacidad disuasiva»<sup>81</sup>.

Si se combinan los parámetros de la *capacidad disuasiva* y de la *proporcionalidad*, el control del Tribunal se muestra particularmente incisivo, traducándose en un control sobre la *adecuación* de las soluciones políticas criminales adoptadas por los Estados miembros.

Por ejemplo, a diez años de la sentencia del maíz greco-yugoslavo el Tribunal de Justicia ha considerado oportuno censurar *nuevamente* el sistema sancionatorio griego para la represión de los fraudes comunitarios. Aquí, el objeto del juicio no es más la *existencia* de un sistema de tutela, sino su *adecuación/efectividad*. En efecto, el Tribunal reconoce que Grecia se ha dotado de instrumentos para proteger los intereses financieros de la Comunidad análogos a aquellos existentes para la tutela de sus intereses financieros, y también que han sido «impuestas sanciones pecuniarias, individualizadas responsabilidades penales y recuperadas sumas indebidamente pagadas»; pero estas

constataciones no son un motivo *per se* suficiente para confutar las comprobaciones de la Comisión (la demandada en juicio) que han demostrado «una negligencia excesiva» y «una general falta de adecuación e ineficacia de este sistema de medidas de vigilancia y de control»; en suma: el vínculo exige tanto que exista un sistema de control *análogo* a aquel previsto para las violaciones internas similares por su naturaleza e importancia, como que tal sistema resulte *efectivo, proporcionado y disuasivo*<sup>82</sup>.

En otra ocasión, el Tribunal ha juzgado, como hemos visto, no ha adecuado el sistema alemán para la protección de la obligación comunitaria de publicación anual de los balances y de las cuentas de pérdidas y ganancias de las sociedades de capitales.

En casos posteriores –a decir verdad, rarísimos– el Tribunal de Justicia, evaluando la idoneidad y la proporcionalidad de las soluciones sancionatorias, ha afirmado que la única solución adecuada era, en el caso concreto, el recurso a la *pena*. En materia de publicidad engañosa de productos parafarmacéuticos<sup>83</sup>, por ejemplo, en consideración de los bienes que podrían ser lesionados con tales conductas (identificados en la tutela del consumidor, en la salud pública y en la lealtad de las transacciones comerciales) el Tribunal ha afirmado que «las disposiciones que los Estados miembros se proponen emanar deben prever que una publicidad de tal género constituye una violación, *particularmente* de naturaleza penal, que debe ser acompañada de sanciones que posean efecto disuasivo»<sup>84</sup>; sobre esta base se ha impuesto, así, a los Estados miembros una obligación *rígida* de penalización en esta materia.

### 2.5. El contenido de las obligaciones comunitarias de tutela: tres paradigmas

En cuanto al *contenido* de los diversos *inputs* de tutela impartidos por Bruselas, podemos distinguir tres paradigmas distintos en las *demandas* «comunitarias» de tutela.

medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado». V. RINOLDI, *art. 10 TCE*, en POCAR (editor), *cit.* (nota 49), p. 115 ss.

<sup>80</sup> Tal principio no encuentra una colocación específica, sino que es deducido de los principios generales previstos en el TCE. Sobre el punto v. también para las referencias normativas, jurisprudenciales y doctrinales CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nel diritto internazionale*, Milano, 1999, p. 9 ss.; FERRARI-BRAVO - DI MAJO - RIZZO, *Carta cit.* (nota 63), p. 75 s., p. 188 ss.; BERNARDI, *Osservazioni cit.* (nota 65), p. 239 ss.

<sup>81</sup> Así, textualmente, Tribunal de Justicia, 21 de septiembre de 1989, C-68/88 - *Comisión c. República de Grecia en Cass. pen.*, 1992, p. 1654, con nota de Salazar.

<sup>82</sup> Tribunal de Justicia, 13 de julio de 2000, C-46/97 - *República de Grecia c. Comisión*, reproducida por RIONDATO, *Osservatorio en Dir. pen. e proc.*, 2000, p. 1673.

<sup>83</sup> Tribunal de Justicia, 28 de enero 1999, C-77/97 *Unilever*, reproducida con un amplio comentario siempre en la indispensable revista coordinada por RIONDATO, *Osservatorio*, en *Dir. pen. e proc.*, 1999, p. 447.

<sup>84</sup> Así, casi textualmente, el punto nro. 36 de la sentencia mencionada en la nota precedente (la bastardilla es nuestra).

a) La regla comunitaria *impone* la tutela *penal*. En este caso el *input* se traduce en una demanda formal de tutela penal; por así decirlo, como si ya hubiera sido realizado por entero el juicio sobre el merecimiento, necesidad y efectividad de la pena en sede comunitaria<sup>85</sup>; en este contexto, desde la perspectiva comunitaria al legislador nacional no le queda más que ratificar cuanto ha sido ya establecido por Bruselas<sup>86</sup> («obligación *formal* de tutela penal»).

b) La regla comunitaria *impone* una obligación *genérica* de sanciones o medidas «adecuadas», «eficaces» y «disuasivas», y el legislador interno *opta* por la tutela *penal*. Aquí el vínculo es claramente menos invasivo, refiriéndose a la *existencia* de una sanción y la evaluación de su *adecuación funcional*<sup>87</sup>. Aquí, en suma, el derecho comunitario, después de haber definido a un bien determinado como merecedor de tutela respecto de una determinada conducta agresiva, garantiza al legislador libertad de acción en cuanto a la evaluación del merecimiento y la necesidad de pena, pero no permite reducciones respecto de la racionalidad de la tutela. En otras palabras, el *input* que el derecho comunitario envía al derecho nacional se compone de *tres* mensajes:

– lo que pretendo en cualquier caso es la *existencia* de una tutela realizada mediante sanciones coercitivas;

– *elige* tú según tus criterios lógicos, jurídicos o políticos la técnica de tutela que prefieras; yo sobre este punto resto «agnóstico»<sup>88</sup>;

– una vez que has realizado la elección, yo evalúo su racionalidad (adecuación y proporcionalidad) («obligación *funcional* de *tutela adecuada*»).

c) La norma comunitaria impone la tutela de un bien propio en el *mismo modo* en que el Estado miembro tutela el bien interno análogo<sup>89</sup>; aquí existe una suerte de presunción de conformidad, según la cual, dándose por presupuesta la adecuación de una tutela preexistente, se considera oportuno canalizar la oferta sancionatoria exigiendo la extensión al bien tutelado de la técnica de tutela ya adoptada para un bien interno análogo. Se trata, sin embargo, de una presunción *relativa*: si el efecto de la asimilación es una tutela de todos modos inadecuada, el respeto de esta técnica no exime automáticamente al sistema nacional de censuras de parte del derecho comunitario<sup>90</sup> («obligación analógica/funcional de *tutela por asimilación*»).

Mirando el contenido de la obligación desde nuestra perspectiva nacional, las tres formas de presión presentan un *diferente* nivel de comprensión de la *discrecionalidad* concedida al legislador interno.

85 Para esta cadena lógico-analítica en la formación del precepto penal v. PALIERO, *Il principio di effettività cit.* (nota 25), p. 461 s.

86 Como hemos visto, en vía jurisprudencial esta obligación ha sido establecida en materia de publicidad engañosa de productos farmacéuticos. En cambio, en los actos legislativos comunitarios una obligación de tutela penal explícita, por cuanto tenemos conocimiento, no está presente. Por ahora, se ha llegado *muy cerca* con la directiva 91/308/CEE del 10 de junio de 1991 «relativa a la prevención del uso del sistema financiero con fines de blanqueo del producto de actividades ilícitas»; en el texto del articulado de tal directiva, en efecto, no se menciona *nunca* el adjetivo «penal», sin embargo tanto en el preámbulo como, sobre todo, en una declaración adjunta a pie de página del articulado se prevé el empeño por parte de los Estados de adoptar formas de tutela penal para la represión de los ilícitos tipificados en el articulado. Sobre el punto cfr. MANACORDA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, en *Foro it.*, febbraio 1995, IV, 55 (extracto). Por el contrario, el ya citado *proyecto* de directiva del 28 de mayo de 2001 «relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad Europea» contiene muchas obligaciones de penalización; en particular su art. 7, que lleva la rúbrica «obligación de *incriminación*», afirma en modo redundante pero que no deja espacio a una mínima duda que las posiciones de la directiva «deben ser transpuestas en el derecho *penal* nacional en modo tal de erigir las conductas descritas en infracciones *penales*».

87 Es éste, como ya se ha dicho, el mecanismo *típico* a través del cual el derecho comunitario ejercita su demanda de tutela. La casuística es muy vasta y abraza a todos los sectores de intervención del derecho comunitario. Recordamos sólo que el sistema a través del cual en Italia se actúan estas obligaciones es la llamada ley comunitaria anual (instituida por la ley nro. 89 del 9 de marzo de 1989), al respecto v. por todos, BERNARDI, *Osservazioni cit.*, (nota 65), p. 243 ss.

88 Define al derecho comunitario como un derecho agnóstico en cuanto a la elección entre penal y penal administrativo DONINI, *Prospettive europee del principio di offensività*, intervención en el Congreso «*Verso un codice penale modello per l'Europa. La parte generale*». Parma, 29/30 de septiembre de 2000, p. 8 del escrito mecanografiado.

89 El tipo ideal de la técnica de la tutela por asimilación está constituido por el art. 194 del Tratado EURATOM, donde se dispone que los Estados miembros equiparen la tutela del secreto atómico a aquella establecida en el derecho interno en materia de atentados a la seguridad del Estado (sobre esto v. por todos PEDRAZZI, *La tutela penale del segreto atomico nel trattato dell'Euratom*, en *Il diritto dell'energia nucleare*, Milano, 1961, p. 413 ss.; SGUBBI, *Diritto penale comunitario*, en *Dig. disc. pen.*, 1990, p. 99), v. también nota 97.

90 Como hemos visto, es exactamente lo que ha ocurrido confrontando las dos sentencias sobre el sistema greco de tutela de los intereses financieros de la CE: con la sentencia de 1989 sobre el maíz greco-yugoslavo se ha requerido proceder a una *asimilación* entre la tutela del bien interno y la tutela del bien comunitario; diez años después, a pesar del respeto de la obligación de asimilación, se ha sostenido que subsistía un contraste con la obligación comunitaria de tutela justamente en consideración de la falta de logro del canon de la *adecuación* (v. *retro* punto 3.2. al final).

*Sub a*) la obligación se refiere al *an* y al *quomodo* de la sanción, reduciendo al mínimo el margen de oscilación concedido al *law maker* nacional; sin embargo, el principio de reserva de ley establecido por el art. 25, 2º párrafo, Constitución garantiza que la elección de punir sea, de todos modos, una elección del *legislador*: aquí la obligación de tutela *penal*, en el fondo, tiene una naturaleza metajurídica; más que de una obligación es correcto hablar, entonces, de una *demand* de penalización (por otra parte, con elevadísimas *chances* de encontrar la respuesta deseada, debido a su valor político). Por otra parte, si por casualidad el legislador (en el caso) italiano eligiese *no* adoptar la tutela penal, sería libre de hacerlo. En el fondo, es un sistema que «funciona porque funciona» y no admite patologías; si los sistemas llegaran a obstinarse en sus posturas (el comunitario, pretendiendo la tutela penal, y el nacional, negándola) se produciría una aporía normativa con el riesgo de conducir a un verdadero y propio cortocircuito normativo<sup>91</sup>.

*Sub b*) el contenido obligatorio mínimo ineludible está constituido por un vínculo referido a la *existencia* de una respuesta sancionatoria *adecuada* al objetivo, que en muchos casos puede ser ulteriormente enriquecido por vínculos referidos a los contenidos (formulación más o menos detallada del precepto, escala penal, consejos acerca de la técnica a utilizar, etc.). Así, si se quiere observar el *quantum* de discrecionalidad concedido al legislador nacional con relación a los tres puntos lógico-analíticos en que se funda (*rectius*: se *debería* fundar) la legislación penal (merecimiento, necesidad, efectividad de la tutela mediante pena)<sup>92</sup>, emerge –si se nos permite la metáfora– una figura similar a aquellos campanarios con forma «de cebolla» típicos de la Europa oriental.

Desarrollando la metáfora:

– en sede de *merecimiento* de pena (que representamos con el armazón del campanario), la norma comunitaria indentifica y describe el comportamiento lesivo de un determinado bien jurídico y vincula al legislador interno a la adopción de *una* sanción coercitiva, deján-

dolo *libre*, sin embargo, en la elección de la técnica; el derecho comunitario puede ser, al máximo, un *índice*, más o menos intenso, del merecimiento de pena<sup>93</sup>.

- en sede de *necesidad* (la aguja en forma de cebolla) el legislador tiene márgenes todavía más amplios, puesto que el comunitario se retrae en este aspecto, pudiendo ejercitar, en última instancia, una función de reducción de lo penalmente relevante;
- en sede de *adecuación*, en fin<sup>94</sup>, (el pináculo puesto en lo más alto del campanario), al legislador no se le permiten digresiones: su tutela debe ser adecuada al objetivo que se pretende perseguir que –dicho de modo muy sintético– en un derecho penal «agnóstico» como lo es el comunitario, es *sólo* y *solamente* la tutela del bien jurídico<sup>95</sup>.

*Sub c*) las obligaciones derivadas del llamado «principio de asimilación» presentan, según nuestro parecer, un régimen al menos parcialmente *sui generis*. De éstas últimas se deriva, en efecto, una «prohibición de disparidad de tratamiento», según la cual el bien comunitario debe ser tutelado del mismo modo que el bien interno homólogo (que podremos llamar, por tanto, «bien parámetro»), que se inserta en la apertura de la demanda de tutela, pero que no la absorbe en sus contenidos ulteriores; la obligación de asimilación no subroga, en efecto, el canon de «adecuación». De este modo, si en el plano de los efectos el principio de asimilación produce una expansión del derecho penal interno, en el plano de los contenidos, resta de todos modos como *dominus* principal de las opciones político criminales el legislador nacional, el cual está obligado a extender al bien comunitario el nivel y las formas de tutela *por él preseleccionadas* para proteger el bien nacional homólogo, siempre que éstas sean adecuadas. En definitiva, no vemos enormes diferencias respecto de la hipótesis *sub b*).

Con una *aclaración* fundamental: la asimilación es adscribible *sub b*) –y resta válida– *sólo* si tiene

91 V. *infra* punto 5.2. al final.

92 Cfr. PALIERO, *Il principio di effettività cit.* (nota 25), p. 461 s.; sobre el merecimiento de pena v., por todos, ROMANO, «*Meritevolezza di pena*», «*bisogno di pena*» e *teoria del reato*, en *Scritti in memoria di R. Dell'Andro*, vol. II, Bari, p. 789 ss.

93 Por ejemplo, las indicaciones a favor de la tutela penal que acompañan la directiva sobre la represión del blanqueo de capitales, a la cual hemos hecho mención en la nota 86, representan un índice del merecimiento de pena.

94 En nuestra reconstrucción, la adecuación se corresponde con aquello que PALIERO, *Il principio di effettività cit.* (nota 25), p. 462 define el postulado de efectividad.

95 Sobre la finalidad de tutela a la cual conectar el canon de adecuación y proporcionalidad v., también por las precisas referencias, BERNARDI, *Osservazioni cit.* (nota 65), p. 228 s.; para un panorama v. HENNAU-HUBLET, *Les sanctions en droit communautaire: réflexions d'un pénaliste*, en TULKENS – BOSLY (editores), *La justice pénale et l'Europe*, Bruxelles, 1996, p. 487 s.

lugar entre bienes y modalidades de agresión *absolutamente homogéneas*<sup>96</sup>.

En efecto, existe una proporcionalidad directa entre la rigidez formal de la obligación y la deshomogeneidad entre el bien a tutelar y el «bien parámetro»: cuanto más aumenta la deshomogeneidad entre los bienes y/o las modalidades de agresión que se pretenden asimilar, más se delinea la asimilación como una obligación rígida y formal de penalización<sup>97</sup>.

## 2.6. Los instrumentos jurisdiccionales de que dispone el ordenamiento comunitario para individualizar y tutelar sus obligaciones de tutela

La línea conductora de nuestra investigación es, en definitiva, aquella de verificar la «densidad normativa» –o sea, el *contenido* y la *fuerza jurídica*– de las obligaciones comunitarias de tutela. A tal fin, es prejudicial observar la temática en la perspectiva del sistema jurisdiccional comunitario; tal examen se justifica, en efecto, no sólo para evaluar la «tasa de coacción» de que dispone el ordenamiento comunitario para hacer respetar sus demandas de tutela, sino también –y sobre todo– porque es a través de la actividad jurisdiccional desplegada por el Tribunal de Justicia que se identifica el real y específico contenido normativo expresado por las demandas de tutela. Esto nos obliga a realizar un rápido *excursus* acerca de los remedios jurisdiccionales de que dispone el derecho comunitario para constatar y eliminar las violaciones a las obligaciones comu-

nitarias de tutela, antes de pasar a una recapitulación provisoria de los resultados obtenidos hasta este momento.

El ordenamiento comunitario prevé dos remedios jurisdiccionales: a) El procedimiento regulado en los arts. 226-228, TCE, denominado *recurso en infracción*<sup>98</sup>; b) El procedimiento regulado por el art. 234, TCE comúnmente conocido como recurso mediante *reenvío prejudicial*.

a) El *recurso en infracción*<sup>99</sup> consiste en la constatación jurisdiccional del incumplimiento de las obligaciones comunitarias efectuada por el Tribunal de Justicia a iniciativa de la Comisión o de un Estado miembro de la Comunidad.

En el recurso en infracción, el Tribunal es llamado a dictar una sentencia con carácter de *constatación*, limitándose a comprobar el eventual incumplimiento del Estado<sup>100</sup>. En homenaje a los principios del derecho internacional según los cuales los Estados son libres en la elección de los medios de ejecución de las obligaciones internacionales, aunque deriven de una sentencia, el Tribunal de Justicia *no puede*, en efecto, condenar al Estado a adoptar una medida específica, ni puede anular las normas internas contrarias al derecho comunitario<sup>101</sup>.

De todos modos, dado que, como hemos visto<sup>102</sup>, el juez nacional –*cuando la disposición violada es directamente aplicable*– está obligado a desaplicar la norma interna contraria a aquella comunitaria, serán los jueces ordinarios quienes darán actuación a la sentencia del Tribunal de Justicia, resolviendo

96 Sobre las reglas y los principios que regulan y dirigen la analogía *legis*, fundamental las enseñanzas de BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p. 265 ss.

97 Por ejemplo, más allá de lo recordado en la nota 89, la técnica de tutela por asimilación ha sido utilizada por el legislador comunitario, además de para los intereses financieros de la Comunidad prevista en el art. 280, primer párrafo, TCE, en la directiva 91/250/CEE relativa a la tutela de los programas informáticos, con la cual los Estados miembros se obligan a tutelar los programas de procesador como obras literarias y artísticas (cfr. art. 1 de la directiva y el decreto legislativo nro. 517 del 29 de diciembre de 1992 en actuación de la directiva precitada); aquí la distinción es que no sólo el «bien parámetro», sino que tampoco el bien a tutelar constituyen «bienes propios» de las Comunidades; estructuralmente esto no comporta ninguna diferencia; desde el punto que vista político criminal, sin embargo, de este modo se «autoriza» la utilización del método de la asimilación para la tutela de cualquier bien de *relevancia* y no de *pertenencia* comunitaria, ampliando en consecuencia en medida notable el campo de aplicación de esta técnica.

98 Cfr. por ejemplo, FUMAGALLI, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, Milano, 2000, p. 11 y BALLARINO, *Manuale di Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2001, p. 139.

99 Sobre esto, además de las referencias de la nota precedente v. TIZZANO, *La Corte di giustizia delle Comunità europee*, Napoli, 1967, p. 183 ss. FUMAGALLI, *art. 226 TCE*, en POCAR (editor), *cit.* (nota 49), p. 753 ss.; CARTABIA - WEILER, *cit.* (nota 55), p. 59. LEANZA, *Il contenzioso comunitario ex art. 169-171 del Trattato CEE e lo Stato italiano*, en Jus, 1988, p. 31; POCAR, *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, Milano, 2000, p. 189 ss.; DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione europea*, Milano, 1999, p. 143 ss.

100 Doctrina unánime cfr. POCAR, *Diritto dell'Unione cit.* (nota 99), p. 184 ss.; TIZZANO, *cit.* (nota 99), p. 221 ss.; FUMAGALLI, *La responsabilità cit.* (nota 98), p. 162 ss.; p. 34 ss.; DRAETTA, *Elementi di diritto cit.* (nota 99), p. 146.

101 No se trata, sin embargo, de una sentencia de *mera comprobación*, ya que el art. 228, primer párrafo, TCE impone al Estado la obligación de «adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia». Así, en los hechos será la motivación de la sentencia la que indicará las medidas a adoptar, identificando en concreto el incumplimiento del Estado (por ej. falta de adopción de un acto determinado, falta de abrogación de una ley contraria al derecho comunitario, actuación parcial o contradictoria de la obligación comunitaria); cfr. FUMAGALLI, *La responsabilità cit.* (nota 98), p. 167 ss.

102 *Supra* punto 3.1.

la antinomia de modo necesariamente conforme al juicio del Tribunal de Justicia. Sin embargo, cuando se presente nuestra cuestión (en donde de las prescripciones de la sentencia puedan derivarse consecuencias penales *in malam partem*), los jueces nacionales no pueden desaplicar las normas que violan el derecho comunitario, porque las disposiciones violadas están sistemáticamente desprovistas de aplicabilidad directa<sup>103</sup>. Así, en caso de un persistente incumplimiento por parte de los Estados, a pesar de que el Tribunal de Justicia haya demostrado tal falta, a una violación reiterada (*rectius*: a una violación de la sentencia pronunciada que ha sido solicitada con un recurso en infracción) no podrá más que seguir un nuevo procedimiento de infracción, encaminado a comprobar el incumplimiento del Estado en cuanto a las obligaciones procedentes de la misma sentencia.

Esta *segunda* sentencia pronunciada por el Tribunal se divide así en dos partes. Una primera parte, de naturaleza *declarativa*, contiene (de acuerdo al art. 228, 1er párrafo, TCE) la «usual» constatación de la violación del derecho comunitario, es decir, la obligación de «adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la [precedente] sentencia del Tribunal de Justicia». La segunda parte constituye, en cambio, un pronunciamiento de condena instrumental a la actuación del primer cargo de la sentencia<sup>104</sup>.

Este sistema de la «doble condena» tiene un peso *político* evidente: la «buena voluntad» de los Estados en el cumplir los dictados de la Tribunal es estimulada, en efecto, por el anhelo de evitar la *gaffe* internacional de incurrir en una sanción.

Sin embargo, en un plano meramente *jurídico*, el sistema se detiene aquí: en el fondo, el cumplimiento es una cuestión de «voluntad»<sup>105</sup>: Más allá de ello, la obligación pecuniaria que allí nace no está dotada de eficacia ejecutiva<sup>106</sup>.

b) El *recurso en vía prejudicial*<sup>107</sup>, al igual que el procedimiento de infracción, requiere al Tribunal de Justicia la misma actividad de interpretación del derecho comunitario<sup>108</sup>; el recurso en vía prejudicial encuentra, sin embargo, en los jueces nacionales el instrumento privilegiado para garantizar la eficacia de las propias prescripciones en relación con las violaciones del derecho comunitario por parte de los Estados.

En efecto, la cuestión es planteada directamente por el juez interno y en tal modo el Tribunal, aunque respetando formalmente la rígida separación de las competencias (por la cual corresponde al juez interno la aplicación de la norma comunitaria), termina sustancialmente proporcionando al juez *todos los elementos interpretativos necesarios para dirimir la disputa*.

Por tanto, los jueces nacionales deberán aplicar la normativa comunitaria *tal como se encuentra definida por los dictados del Tribunal*<sup>109</sup>.

El punto es fundamental. En la estructura del recurso en infracción el que está ausente es el propio juez interno: la relación es entre el gobierno del Estado incumplidor, la Comisión y el Tribunal de Justicia; en el reenvío prejudicial, en cambio, el verdadero protagonista es el juez nacional recurrente que, con su decisión, dictada de conformidad a las prescripciones del Tribunal de Justicia, desaplicando el derecho interno –originario o sobreviviente– que resulta contrario al de-

103 V. *supra* punto 3.2.

104 Cfr. POCAR, *Diritto dell'Unione* cit. (nota 99), p. 187.

105 Sobre el presupuesto evidente de evitar a los Estados limitaciones excesivas de soberanía, cfr. por ejemplo, BALLARINO, *Manuale* cit. (nota 98), p. 167.

106 Prevista exclusivamente para las sentencias pronunciadas en perjuicio de sujetos privados (arts. 244 y 256, TCE) cfr. CARTABIA - WEILER, cit. (nota 55), p. 59. Diversamente FUMAGALLI, *La responsabilità* cit. (nota 98), p. 219 quien sostiene que «una ejecución "forzada" aparece en cambio concebible a nivel comunitario: la Comisión podrá, por ejemplo, deducir de las contribuciones financieras destinadas a un Estado el importe de la sanción pecuniaria no satisfecho por éste».

107 En cuanto concierne al recurso prejudicial del art. 234, TCE v. además de los manuales ya mencionados: ADINOLFI, *L'accertamento in via pregiudiziale della validità degli atti comunitari*, Milano, 1997; FUMAGALLI, *sub art. 234 TCE*, en POCAR (editor), cit. (nota 49), p. 797 ss.

108 Común a ambos procedimientos (por *infracción* y en *vía prejudicial*) es, en efecto, el esfuerzo hermenéutico a través del cual el Tribunal de Justicia lleva a transformar un pronunciamiento sobre la interpretación del derecho en una sentencia sobre la compatibilidad entre norma comunitaria y norma interna, llegando así –indirectamente– a *identificar* el incumplimiento específico del Estado.

109 La misma Corte Constitucional ha reconocido tal principio: «La normativa comunitaria (...) entra y permanece en vigor, en nuestro territorio, sin que sus efectos sean menoscabados por la ley del Estado; y esto siempre que satisfaga el requisito de la aplicabilidad inmediata. Este principio (...) no vale solamente para la disciplina producida por los órganos de la CEE mediante reglamento, sino también para las regulaciones resultantes, como en el presente caso, de las sentencias interpretativas del Tribunal de Justicia». Corte Constitucional, nro. 113, 19 de abril de 1985 en *Riv. dir. int.*, 1985, p. 388 ss.

recho comunitario, «nacionaliza» en cierta medida las obligaciones comunitarias<sup>110</sup>.

Sin embargo, en cuanto a la hipótesis que nos interesa indagar –esto es, si de todo esto se derivan, en última instancia, efectos penales *in malam partem*– es seguro que el juez *no puede* desaplicar la normativa interna discrepante<sup>111</sup>.

En efecto, si el derecho comunitario no tiene competencia para emanar normas de incriminación en la *law in book*, a mayor razón no puede hacerlo en la *law in action*, como es confirmado, por lo demás, por el mismo Tribunal de Justicia<sup>112</sup>. Por otra parte, sobre el juez nacional pesa tanto la «obligación» general «de interpretación *conforme al derecho comunitario*», según la cual «las autoridades nacionales deben adoptar todas las medidas destinadas a garantizar el cumplimiento de los preceptos comunitarios»<sup>113</sup>, como –es obvio– «la obligación de interpretación *conforme a la Constitución*» que impone adoptar siempre la interpretación que más se ajusta al dictado constitucional<sup>114</sup>. Ambas obligaciones imponen al juez el deber de dar actuación, respectivamente, a los dictados comunitarios y constitucionales. Así, el juez común, no pudiendo dar actuación a la obligación comunitaria, porque de otro modo violaría el principio constitucional de la reserva de ley, pero debiendo al mismo tiempo adoptar «las medidas destinadas a garantizar el

cumplimiento de las obligaciones comunitarias», después de haber planteado cuestión prejudicial frente al Tribunal de justicia no podrá hacer otra cosa que replantear la cuestión frente a la Corte Constitucional<sup>115</sup>.

### 2.7. Resultado intermedio

Reordenando las ideas podemos afirmar a esta altura que el sistema comunitario posee un amplio abanico de instrumentos de *presión* para «esponsorizar» sus vínculos de tutela, pero éstos no están dotados de «*accionabilidad*». En efecto, al no tener el derecho comunitario competencia penal, no dispone –*a fortiori*– de instrumentos jurídicos idóneos para modificar directamente *in malam partem* el derecho penal.

Sobre esta base, es posible fijar los siguientes puntos en relación con la estructura de la antinomia presentada entre obligación comunitaria de tutela y ordenamiento interno.

Cuando a la obligación comunitaria de tutela corresponda una *falta de actuación originaria* de parte del legislador nacional, del «recurso por infracción» parece mantener un espacio de aplicación exclusivo. En este caso, en efecto, exactamente como ocurre de frente a nuestra Corte Constitucional<sup>116</sup>, no existe modo de denunciar el

110 Cfr. las intrigantes reflexiones de CARTABIA - WEILER, *cit.* (nota 55) p. 55 ss.; los autores acentúan en qué medida la originalidad de la arquitectura jurisdiccional europea depende justamente de la identificación de los jueces europeos en los jueces nacionales y cómo la genialidad de este sistema reside en el hecho de que de esta manera se logra evitar el límite, congénito en el derecho internacional, de ser dejado a la buena voluntad de los Estados; en efecto, cuando el derecho es absorbido y traducido en las decisiones de los jueces nacionales la regla internacional se vuelve vinculante porque «un Estado en las democracias occidentales no puede desobedecer a los propios jueces» (*ivi*, p. 61). Y si bien este mecanismo específico está excluido en materia penal, él ha contribuido de todos modos en general a hacer aceptar el derecho comunitario y a producir consenso a su respecto: en suma, una vez que un *corpus* normativo es aceptado por parte de los jueces nacionales se siembra «una actitud de obediencia y de respeto de la *rule of law*, la cual tradicionalmente es mucho menos seguida en relación con las obligaciones internacionales que respecto de las nacionales» (*ivi*, p. 62).

111 La diferente reconstrucción según la cual el juez nacional debe de todos modos desaplicar el derecho interno contrastante, también en las cuestiones *in malam partem*, se trasluce en cambio en TIEDEMANN, *Diritto comunitario e diritto penale*, en *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, p. 209 ss.; RIONDATO, *Profili di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale dell'economia («influenza», poteri del giudice penale, questione pregiudiziale ex art. 177 TCE, questioni di costituzionalità)*, en *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, p. 1135 ss., en particular p. 1155 ss.

112 Tribunal de Justicia, 80/86, 8 de octubre de 1987 *Kolpinghuis Nijmegen*; C-168/95, 26 de septiembre de 1996, publicada con notas explicativas en FERRARI-BRAVO - DI MAJO - RIZZO, *Carta cit.* (nota 63), p. 191, PIETROBON, *art. 249*, en POCAR (editor), *cit.* (nota 49), p. 861.

113 Criterio expresado por el Tribunal de Justicia a partir de la sentencia *Mearlising* del 13 de noviembre de 1990, causa C 106/89, en el CD-ROM anexo a CARTABIA - WEILER, *cit.* (nota 55); según tal criterio del juez nacional debe interpretar el derecho nacional propio a la luz de la letra y de la finalidad de la fuente comunitaria.

114 Principio expresado por última vez en Corte Constitucional nro. 356 de 1996.

115 Por una parte, en efecto, corresponde a la Corte Constitucional pronunciarse sobre la legitimidad constitucional de las normas internas que contrasten con las normas comunitarias no directamente eficaces [así, CARTABIA - WEILER, *cit.* (nota 55), p. 190], por la otra, la misma Corte Constitucional no puede no tener en cuenta la opinión del Tribunal de Justicia al comparar la norma italiana, objeto de su juicio, con aquella comunitaria; ella ha establecido en efecto (ordenanza nro. 109/1988) la obligación para el juez *a quo* de recurrir preventivamente al Tribunal de Justicia de acuerdo al art. 234, TCE, quien interpretará la norma comunitaria dirimiendo el contraste con la ley italiana. Sobre esto v. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, en *Giur. cost.*, 2000, p. 1198 s.

116 V. *supra* punto 2.

conflicto en vía prejudicial, al no existir una norma interna sobre la cual catalizar el procedimiento. Así, en los casos en que a una obligación de tutela se contraponga un vacío normativo *originario* y *absoluto*, la violación del derecho comunitario puede ser denunciada únicamente en las *formas* y con los *límites* del recurso en infracción y en relación con el contenido mínimo ineludible de la obligación comunitaria de tutela: la existencia de una sanción (adecuada). En estos casos (incumplimiento *absoluto* y *originario* de una obligación comunitaria de tutela), los remedios se detienen aquí: por tanto, el legislador, o *decide* claudicar frente a las potentes presiones (metajurídicas) propias de este procedimiento, o bien *decide* no hacerlo: *tertium non datur*. De frente a este vacío normativo no existen caminos alternativos ulteriores.

En la hipótesis en que el Tribunal de Justicia se hubiera pronunciado en el sentido de un *incumplimiento parcial* de una obligación de tutela, el discurso se detiene igualmente aquí. En efecto, la Corte constitucional, como hemos visto<sup>117</sup>, no puede de todas maneras juzgar la norma interna «en la parte en que» no ha sido actuada una tutela adecuada.

En cambio, el discurso cambia cuando la antinomia emerge de una norma interna que *no cumple* con la obligación comunitaria de tutela, porque *modifica/abroga* la norma interna preexistente en la parte en que respondía al canon de adecuación de la obligación de tutela: La estructura del juicio de constitucionalidad vigente en Italia permite, *in abstracto*, accionar la violación de la obligación<sup>118</sup>. Concentremos entonces nuestra atención sobre este último tipo de antinomia y tratemos de trazar las coordenadas esenciales sobre las cuales evaluar la viabilidad de este (por ahora hipotético) juicio de constitucionalidad.

*In primis*, se debe recordar que sobre los jueces nacionales pesa la obligación general de interpretación conforme al derecho comunitario y que la interpretación del derecho comunitario corresponde al Tribunal de Justicia. Así, emerge un primer punto clave: el respeto de la obligación comunitaria de tutela, como hemos visto, se traduce en una evaluación sobre la adecuación/proporcionalidad de la sanción específica ofrecida por el le-

gislador nacional; pero la adecuación/proporcionalidad son cánones que comportan un juicio de relación de los términos de referencia claros o, cuanto menos, *aclarados*. Esto implica que la antinomia emergente entre la obligación comunitaria de tutela y la normativa interna de por sí no es nunca nítida, y necesita de la interpretación del Tribunal de Justicia; por esto, el respeto «de la obligación de interpretación conforme al derecho comunitario» conlleva, en primer lugar, que la antinomia haya sido específicamente constatada por el Tribunal de Justicia a través del procedimiento de infracción, a iniciativa de la Comisión o de un Estado, o bien por medio de una cuestión prejudicial planteada por un juez nacional.

Una vez afirmada y aclarada por parte del Tribunal de Justicia la antinomia de donde se derivan efectos *in malam partem*, el juez común *no puede* resolver por sí el conflicto normativo, sino que debe plantear cuestión de legitimidad constitucional de frente a la Corte constitucional, impugnando la norma interna modificadora/abrogatoria (*objeto* de la cuestión), por violación del art. 11 de la Constitución («*parámetro directo*» de la cuestión) en referencia a la norma comunitaria que contiene la obligación de tutela, tal como ha sido aclarada por el Tribunal de Justicia (que funge en este caso de «*parámetro interpuesto*» de la cuestión)<sup>119</sup>.

### 2.8. Consecuencia provisoria

Retomemos entonces el ejemplo de la procedibilidad por querrela del balance falso introducido en el *incipit* del discurso.

Respecto de tal hipótesis por ahora sólo podemos afirmar que existen *chances* elevadas, sobre la base de la jurisprudencia precedente, de que tal solución sea comunitariamente ilegítima, pero para demostrarlo sería necesario de todos modos un pronunciamiento específico, solicitado por la Comisión o por un Estado por medio del recurso en infracción o bien planteada por un juez nacional mediante reenvío prejudicial<sup>120</sup>.

Con el recurso en infracción, como hemos visto, una condena del Tribunal de Justicia no es de por sí idónea para modificar *in malam partem* el ordenamiento interno, anulando la normativa italia-

117 V. *supra* punto 2.

118 V. *supra* punto 2.

119 Cfr. casi textualmente CARTABIA - WEILER, *cit.* (nota 55), p. 190.

120 La peculiaridad de los dos procedimientos determina, además, que en el caso en cuestión el recurso en infracción sea también posible únicamente respecto de la ley delegante nro. 366 de 2001, mientras que el reenvío en vía prejudicial solicitado por un juez interno necesita obviamente de una normativa capaz de desplegar sus efectos en un juicio: por tanto, que haya entrado en vigor el decreto legislativo en actuación de la ley delegada.

na en la parte en que subordina la tutela penal a la querrela.

En el reenvío prejudicial o sobre la base de la sentencia dictada por medio del procedimiento de infracción –siempre bajo la hipótesis de que el Tribunal de Justicia haya declarado la ilegitimidad comunitaria de la solución por querrela–, el juez *a quo* no podría desaplicar automáticamente la norma modificadora, convirtiendo, así, en perseguible de oficio al delito previsto como perseguible por querrela.

El juez interno deberá, en este caso, plantear cuestión de legitimidad constitucional de la norma interna que prevé la procedibilidad por querrela del delito de balance falso (*rectius*: que *abroga* la norma modificadora de oficio del delito de balance falso) (*objeto* de la cuestión), por violación del art. 11, Constitución y –como veremos, del art. 117, Constitución– («*parámetro directo*» de la cuestión) en referencia a la norma comunitaria así como ha sido aclarada por el Tribunal de Justicia («*parámetro interpuesto*» de la cuestión).

### 3. Obligaciones comunitarias de tutela y Constitución

Analizando ahora la cuestión desde el punto de vista constitucional deben ser consideradas, por un lado, las señales emitidas por la jurisprudencia constitucional a través de una decisión particularmente innovadora, es decir, la sentencia nro. 31 de 2000<sup>121</sup> y, por el otro, la recientísima ley constitucional nro. 3 del 18 de octubre de 2001 que in-

roduce «Modificaciones al título V de la parte segunda de la Constitución».

#### 3.1. Obligaciones comunitarias de tutela y Corte constitucional: la sentencia nro. 31 de 2000

La sentencia nro. 31 de 2000 ha declarado inadmisibile el pedido de un *referéndum* abrogatorio del entero decreto legislativo nro. 286 del 25 de julio de 1998 referido al «Texto único de las disposiciones concernientes a la disciplina de la inmigración y normas sobre la condición del extranjero», ya que «la eventual abrogación convertiría a Italia en incumplidora de las obligaciones derivadas de la Convención de aplicación del Acuerdo de Schengen y, por tanto, del Tratado de Amsterdam».

Tal incumplimiento colisionaría con los límites implícitos que había deducido precedentemente<sup>122</sup> la misma Corte por vía de una interpretación sistemática sobre la base del art. 75, Constitución, conforme a lo cual no está permitido realizar un *referéndum* sobre las disposiciones normativas estrechamente ligadas a la ejecución de los tratados internacionales; un principio que interpretado en sentido amplio se refiere a las disposiciones consideradas *en actuación* de obligaciones internacionales y comunitarias<sup>123</sup>.

Sin embargo, a pesar de las referencias de la Corte constitucional a su jurisprudencia constitucional precedente en cuanto a la admisibilidad del *referéndum* sobre disposiciones consideradas *en actuación* de obligaciones internacionales y comunitarias, la sentencia nro. 31 de 2000 se aparta

121 Una sentencia innovadora en tema de admisibilidad de *referéndum* que afronta temáticas relevantes –por sólo nombrar algunas– para el derecho internacional, el derecho comunitario, además de que, obviamente, para el derecho constitucional posee *per se* potentes virtudes caleidoscópicas. Si ha esto se agrega que el objeto específico está constituido por todo el texto único de las disposiciones sobre la inmigración, se comprende por qué a esta decisión ya se le hayan dedicado diversos escritos en las varias disciplinas jurídicas. Nosotros ofreceremos obviamente una lectura fragmentaria de las decisiones aquí en examen, concentrada únicamente (*¡sic!*) a la cuestión de las obligaciones constitucionales/comunitarias de tutela penal. En general sobre esta sentencia v.: BASCHERINI, *Il referendum sull'immigrazione: l'intervento di soggetti terzi, la natura composita dell'oggetto referendario, il limite degli obblighi internazionali*, en *Giur. cost.* 2000, p. 233 ss.; CARTABIA, *Referendum e obblighi comunitari: verso l'inammissibilità dei referendum su «leggi comunitariamente necessarie»?*, en *Riv. ita. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 183 s.; BIN, *Potremmo mai avere sentenze sui referendum del tutto soddisfacenti? Una considerazione d'insieme sulle decisioni «referendarie» del 2000*, en *Giur. cost.* 2000, p. 222 s.; CERASE, *Dal giudizio sull'ammissibilità del referendum a quello sulla sovranità dello Stato*, en *Giur. cost.*, 2000, p. 228 s.; BONETTI, *Il referendum abrogativo del testo unico delle disposizioni sull'immigrazione, in Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2000, p. 77 ss. Para la cercanía de las argumentaciones adoptadas por la Corte Constitucional en las dos decisiones v. también. BARONE, *Referendum e contratti di lavoro a termine* (observaciones a la sentencia de la Corte Const. nro. 41 del 7 de febrero de 2000), en *Dir. Un. eur.*, 2000, p. 75 ss. En los manuales v. CARTABIA - WEILER, *cit.* (nota 55), p. 189. Desde la perspectiva del derecho penal se encuentran menciones a tal sentencia en MANACORDA, *L'armonizzazione dei sistemi penali: una introduzione*, en *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, colección «*Convegna di studio Enrico de Nicola*», Milano, 2000, p. 60. MARINUCCI - DOLCINI, *Corso cit.* (nota 25), p. 67.

122 Las declinaciones jurisprudenciales de este principio están contenidas, además de en las sentencias mencionadas directamente por la Corte en la sentencia nro. 31 de 2000 (o bien nros. 27 de 1997, 63 de 1990, 25 de 1987, 30 y 31 de 1981), en las sentencias nro. 16 de 1978 y 28 de 1993.

123 V., también para las referencias jurisprudenciales, CARTABIA, *Referendum e obblighi comunitari cit.* (nota 121) p. 184; el autor recuerda que la equiparación de las obligaciones comunitarias con las internacionales ha ocurrido tácitamente.

de esta jurisprudencia para decir algo más y diverso.

Recordemos que en la jurisprudencia constitucional precedente, el presupuesto de la exclusión del referéndum en cuanto a las leyes en actuación de obligaciones internacionales y comunitarias residía en la *titularidad exclusiva* del Parlamento, órgano soberano y *permanente*, de la responsabilidad frente a la comunidad internacional. El cuerpo electoral, al contrario, disponiendo sólo eventualmente de la potestad legislativa, no sería depositario de la responsabilidad internacional del Estado. Así, la exclusión de referéndum se fundaba en la «responsabilidad que el Estado italiano asumiría con los otros contratantes a causa de la desaplicación del acuerdo, después de la abroga-

ción de las normas dispuestas para la actuación de los compromisos asumidos»<sup>124</sup>.

De este modo, la Corte, acentuando que la eventual violación de una obligación internacional comporta una responsabilidad que la Constitución ha querido reservar a la valoración política del Parlamento, *reconocía implícitamente que tales obligaciones podían* de todos modos ser violadas por el órgano legislativo permanente, titular de la responsabilidad internacional. En otras palabras, para la Corte constitucional la obligación internacional (hasta ayer) producía un vínculo con una estructura variable: «inviolable» por el cuerpo rectoral; «violable» por el legislador ordinario, titular de la responsabilidad internacional del Estado italiano.

Al contrario, los principios expresados en la más reciente decisión<sup>125</sup> superan tanto la materia objeto

124 Así Corte Const. a partir de la sentencia 30 de 1981 en *Giur. cost.*, 1981, p. 191.

125 En consideración de la «laboriosidad» de la sentencia nro. 31 de 2000 consideramos oportuno transcribir por entero los puntos 3 y 4 del considerando en derecho de la motivación de la Corte:

«3. La solicitud es inadmisibile por los motivos que se exponen.

El texto único sobre la inmigración constituye un *corpus* compuesto que incluye normas de naturaleza de diverso contenido, ya que reúne disposiciones de principio (arts. 1-3), una normativa sobre el ingreso y la estadia en el territorio nacional, sobre el control en las fronteras y sobre la expulsión, sobre la participación en la vida política y la integración de los inmigrantes (arts. 4-11, 34-42, 45 y 46), normas de incriminación y procesales (respectivamente art. 12 y arts. 13-17), previsiones de carácter humanitario (arts. 18-20, 28-33), sobre el derecho al trabajo (arts. 21-27), sobre los derechos civiles (arts. 43 y 44) y, en fin, normas de coordinación y transitorias (arts. 47-49).

De interés principal, a los fines del presente juicio, es el título II concerniente al ingreso, estadia y regreso del territorio del Estado y que disciplina:

- las condiciones en base a las cuales el extranjero extracomunitario es admitido en Italia;
- aquellas por las cuales puede realizar una estadia, incluso por tiempo indeterminado;
- el tipo de controles a los que está obligada la policía de fronteras;
- las condiciones para la irrogación, ejecución e impugnación de las medidas de no admisión o expulsión;
- las sanciones penales a imponer a quien ilícitamente introduzca o favorezca la permanencia de extracomunitarios en nuestro país.

Por efecto de las abrogaciones dispuestas por el art. 47 del decreto legislativo nro. 286 de 1998, las normas arriba mencionadas son las únicas que, actualmente, regulan la materia, así que –en la hipótesis de abrogación mediante referéndum– se eliminaría, por un lado, la disciplina relativa al ingreso y a la estadia de los extranjeros y, por el otro, se determinaría una laguna en lo que concierne a las sanciones penales en contra de aquellos que explotan el fenómeno de la inmigración clandestina.

Es necesario recordar que el Tratado de Roma, ratificado y puesto en ejecución con la ley nro. 1203 del 14 de octubre de 1957, modificado recientemente por el Tratado de Amsterdam (ratificado y puesto en ejecución con la ley nro. 209 del 16 de junio del 1998), establece que los Estados miembros adoptarán todas las medidas de carácter general o particular idóneas a asegurar la ejecución de las obligaciones derivadas de él o determinadas por los actos de las instituciones de la Comunidad. Los Estados miembros tienen además la obligación de cumplir los deberes comunitarios y de abstenerse de cualquier medida que ponga en riesgo la realización de las finalidades del tratado (art. 10 del texto consolidado). Y entre las finalidades fundamentales de la Comunidad se encuentra en particular, sobre la base de las modificaciones incorporadas por el Tratado de Amsterdam, la de regular en modo uniforme el ingreso y la estadia de los ciudadanos extracomunitarios (Tratado de Roma modificado, arts. 61 y 63).

Vínculos igualmente significativos se encuentran en el Tratado de Maastricht que instituye la Unión Europea, ratificado y puesto en ejecución con la ley nro. 454 del 3 de noviembre de 1992, también éste modificado por el Tratado de Amsterdam. Entre sus fines se encuentra el de conservar y desarrollar la Unión «como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia», como también la represión del racismo y la xenofobia (respectivamente, arts. 2, primer párrafo, cuarta parte y 29 del TUE).

Ya de este examen preliminar resulta de manera incontrovertible que los Tratados aseguran la plena libertad en el cruce de las fronteras internas de la Unión y, al contrario, exigen controles eficaces en las fronteras exteriores, también con el fin de prevenir y combatir la criminalidad (arts. 61 y 63 del citado Tratado de Roma). De modo que resulta evidente que la materia del ingreso y de la estadia de los extracomunitarios no podría quedar sin regulación y, sobre todo, carecer de instrumentos adecuados para cumplir con las obligaciones impuestas por los Tratados.

del juicio de admisibilidad (la disciplina de la inmigración), como el específico *thema decidendum* (juicio de inadmisibilidad de *referéndum* abrogatorio), abordando la cuestión de las relaciones entre obligaciones comunitarias de tutela y normas de incriminación en la perspectiva específica en la cual es llamado a pronunciarse nuestro juez constitucional: presupuesta la primacía del derecho comunitario por sobre el derecho interno, debe ser reservada una «resistencia» particular a las normas (penales) nacionales que *dan actuación* a obligaciones internacionales de naturaleza comunitaria, descritas textualmente por la Corte como «expresión de una precisa orientación normativa, rígidamente vinculante, a la cual nuestro legislador no podría sustraerse».

Reconstruyamos los pasajes lógicos seguidos por la Corte.

Se parte de la afirmación de que el decreto-legislativo nro. 238 de 1998 constituye el único *locus* normativo actualmente destinado a regular la materia migratoria «así que –en la hipótesis de abrogación mediante referéndum– (...) se determinaría una laguna en cuanto concierne a las sanciones penales en contra de aquellos que sacan provecho del fenómeno de la inmigración clandestina»<sup>126</sup>.

La disciplina contenida en el decreto *de quo* constituye, además, la actuación de los deberes que derivan de una serie de disposiciones contenidas en la Convención de aplicación del Acuerdo de Schengen. Tal Convención –y este aspecto es evidenciado por la Corte como el punto *esencial* sobre el cual fundar el juicio de inadmisibilidad– ha sido posteriormente «comunitarizada»<sup>127</sup> a través del Tratado de Amsterdam, «sustrayendo, por tanto, la materia de la inmigración y de las visados de

4. Es necesario observar, además –y este es un punto esencial– que los arts. 1 y 2 del Tratado de Amsterdam han sustraído la materia de la inmigración y de los visados de ingreso a la mera cooperación intergubernamental, elevándola a objeto de política y de regulación común. Tales normas prevén en particular que el Consejo adopte, dentro de los cinco años de la entrada en vigor del Tratado, normas para garantizar uniformidad en materia de control en el cruce de las fronteras exteriores, de asilo y de inmigración (art. 61 del Tratado de Roma, así como fuera modificado por el Tratado de Amsterdam). Y se debe aún evidenciar que el art. 63, segundo párrafo del mismo Tratado establece que los Estados individuales pueden disciplinar las materias mencionadas, pero solamente a través de normas compatibles con el Tratado y con los acuerdos internacionales.

Entre estos últimos entra el llamado “*Acquis* de Schengen”, que incluye convenciones, protocolos y declaraciones inmediatamente aplicables a los trece países miembros de la Unión por efecto del protocolo B, arts. 1 y 2 del Tratado de Amsterdam. En base al *Acquis*, los Estados adherentes individuales han asumido numerosas obligaciones en materia de controles al paso de las fronteras internas, de tránsito de los ciudadanos extracomunitarios que se dirijan a otro país contratante o de cruce de las fronteras externas y, en fin, en tema de sanciones penales respecto de quien favorezca la inmigración clandestina.

Si bien el artículo 2, segundo párrafo del Protocolo sobre el artículo J.7 del Tratado de la Unión Europea, anexo al Tratado de Amsterdam, reserva al Consejo la tarea de determinar fundándose en las “disposiciones pertinentes los tratados, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen el *Acquis* de Schengen”, no hay dudas que los arts. 5, 6 y 27 de la Convención de aplicación del acuerdo de Schengen constituyen la expresión de una precisa orientación normativa, rígidamente vinculante, a la cual nuestro legislador no podría sustraerse.

Los Tratados de Maastricht y de Amsterdam, por tanto, se han encaminado a armonizar las normativas nacionales, asegurando libertad de circulación al interno de la Unión, rigor en el control de los accesos desde las fronteras exteriores, lucha a la inmigración clandestina, cambio de datos y de información entre el los países miembros atinentes al fenómeno migratorio.

En este marco normativo, la eventual abrogación del entero texto único del decreto legislativo nro. 286 de 1998 –en algunas de cuyas disposiciones se reflejan valores fundamentales de nuestra Carta constitucional– convertiría a Italia en incumplidora de las obligaciones derivantes de los arts. 2, 5, 6, 18, 23 y 27 de la Convención de aplicación del acuerdo de Schengen y, por tanto, del Tratado de Amsterdam. Y, de acuerdo con los principios constantemente afirmados por esta Corte según los cuales, en los términos del art. 75 de la Constitución, no se puede realizar un referéndum abrogatorio respecto de leyes de autorización a la ratificación de los tratados internacionales y también respecto de otras disposiciones normativas que producen efectos relacionados en modo tan estrecho con el ámbito de operatividad de tales leyes como para que la preclusión se considere implícita en el sistema, se debe declarar inadmisibles la presente solicitud de referéndum (sentencias nros. 27 de 1997; 63 de 1990; 25 de 1987; 30 y 31 de 1981).

126 La Corte excluye por tanto que la abrogación mediante referéndum implique la reviviscencia de la normativa antes vigente (en el presente caso, la ley nro. 39 de 1990, llamada «ley Martelli»). Sobre el tema se remite a CERASE, *Dal giudizio sull'ammissibilità del referendum cit.* (nota 121), p. 233; BASCHERINI, *Il referendum sull'immigrazione cit.* (nota 121), p. 237 *sub* nota 13, y bibliografía allí citada.

127 Al respecto, es necesario una explicación sobre el llamado «proceso de comunitarización» de la materia migratoria.

Según el Tratado de la Unión Europea (TUE), la estructura actual de la Unión Europea se funda en el sistema de los llamados «tres pilares»: el primero, que ha absorbido íntegramente el derecho comunitario, constituido por las disposiciones generales contenidas en el TUE, por el Tratado de la Comunidad Europea (TCE) y por la normativa derivada; el segundo, relativo a la política exterior y a la seguridad común (Título V TUE); y el tercero, en fin, referido a la cooperación policial y judicial en materia penal (Título VI TUE). A estos tres pilares se agrega además la posibilidad de instaurar una cooperación reforzada entre algunos Estados miembros recurriendo a las instituciones, a los procedimientos y a los mecanismos previstos en el TUE y en el TCE (Título VII TUE conteniendo disposiciones respecto de una operación reforzada).

ingreso de la *mera cooperación intergubernamental*, elevándola a objeto de política y de regulación común; de este modo los Estados adherentes han asumido numerosas obligaciones, entre las cuales en tema de sanciones *penales* (*rectius*: adecuadas<sup>128</sup>) respecto de quien favorece la inmigración clandestina».

Se trata de una sentencia innovadora tanto en cuanto concierne a la extensión de la obligaciones comunitarias de tutela, como –sobre todo– respecto de la naturaleza vinculante que debe reservarse a tales obligaciones.

### 3.2. La emersión de un nuevo concepto: las «leyes comunitariamente necesarias»

En cuanto concierne a la *extensión*, son consideradas «en actuación de obligaciones comunitarias» las normas internas que *interfieren causalmente* con el ámbito de algunas normativas europeas.

La extensión emerge en toda su evidencia de la lectura de otras dos sentencias respecto de la convoca-

toría de *referéndum*: las sentencias nro. 41 y 45 de 2000, respectivamente, sobre la liberalización de los contratos de trabajo temporáneos y en materia de trabajo *part-time*. En la primera, la ley nro. 230 del 18 abril de 1962 ha sido cualificada en actuación de la directiva 99/70/CE del Consejo de la Unión Europea del 28 de junio de 1999 (directiva, además, cuyo término de cumplimiento todavía no había vencido); en la segunda es la ley nro. 863 de 1984 que es cualificada en actuación a la directiva 97/81/CE del Consejo de la Unión Europea del 15 de diciembre de 1997. En síntesis, para la Corte la «mera» superposición normativa es idónea y suficiente para cualificar a la normativa interna *en actuación* del derecho comunitario y por tanto observante del deber de leal cooperación previsto en los arts. 10 y 249 TCE<sup>129</sup>.

El juicio de la Corte, en verdad, no se limita a verificar si la normativa interna constituye una «ley de ejecución» de obligaciones comunitarias, sino que comprueba si las normas objeto de *referéndum* interfieren de alguna manera con los principios que derivan del sistema comunitario.

---

En este marco, con el Tratado de Amsterdam se ha dispuesto «comunitarizar» las políticas de la inmigración, transfiriéndolas al derecho comunitario (a través de la introducción de un nuevo Título IV al TCE en materia de «visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de las personas», arts. 61-69, TCE). Al mismo tiempo, el protocolo nro. 2 del Tratado de Amsterdam, en aplicación del mecanismo de la cooperación reforzada (para eludir la falta de adhesión a los acuerdos de Schengen por parte del Reino Unido y de Irlanda) ha incorporado los acuerdos de Schengen (entre ellos, en primer lugar, asume relevancia la Convención de aplicación del acuerdo de Schengen del 19 de junio de 1990, el acto al cual hace referencia directamente la Corte constitucional) «en el marco de la Unión Europea». Así, la base jurídica de la materia migratoria es hoy el derecho comunitario, mientras en cuanto concierne a los acuerdos de Schengen «comunitarizados», la base jurídica deberá ser determinada por el Consejo (art. 2, segundo párrafo del Protocolo nro. 2 al Tratado de Amsterdam) y hasta la adopción de tal determinación, «las disposiciones que constituyen el *Acquis* de Schengen son considerados actos fundados en el Título VI del Tratado de la Unión Europea» (art. 2, cuarto párrafo del Protocolo). Por otra parte, tales actos se encuentran tan fuertemente entrelazados con las disposiciones en materia de inmigración *insertas* en el TCE que también ellas resultan, por ósmosis, en alguna medida comunitarizadas. Tales materias son de competencia del derecho comunitario y *no* del título VI del TUE; el *Acquis* de Schengen –en los términos del art. 1, último párrafo del Protocolo– debe respetar además del TUE también el TCE; simétricamente, el TCE –en los términos del 63, segundo párrafo, TCE– debe conformarse a las disposiciones contenidas en el *Acquis* de Schengen. Entonces, aunque tales materias encuentran por el momento su colocación normativa en el tercer pilar, ellas deben ser deducidas axiológicamente de los principios previstos en el TCE, por tanto, del derecho comunitario. Son –por decirlo así– reglas de la Unión Europea comunitariamente impuestas, cuya violación implica también la violación del derecho comunitario. Sobre la cuestión v., NASCIMBENE, *L'Unione europea e i diritti dei cittadini dei Paesi terzi*, en *Dir. Un. eur.*, 1998, en particular p. 514 ss y p. 523 ss.; ADINOLFI, art. 61, en POCAR (editor), *cit.* (nota 49), p. 298 ss., que sostiene que «se trata a todos los efectos de actos comunitarios que no operan respecto de los Estados (Reino Unido e Irlanda) que no son partes de la Convención» (*ivi*, p. 300).

128 Se debe despejar el campo de un equívoco imaginable. La Corte Constitucional se refiere expresamente «a obligaciones» ... en tema de sanciones *penales* respecto de quien favorezca la inmigración clandestina afirmando al respecto: «no hay dudas que [el] art. (...) 27 de la Convención de aplicación del acuerdo de Schengen constituye[...] la expresión de una precisa orientación normativa, rigidamente vinculante, a la cual nuestro legislador no podría sustraerse». Sin embargo, la obligación que aquí se propone explorar como penalmente relevante no nace del acoplamiento terminológico entre el sustantivo *obligaciones* y el adjetivo *penales* realizado aquí por la Corte. El art. 27 de la Convención de aplicación del acuerdo de Schengen del 19 de junio de 1990 (ratificada y puesta en ejecución en Italia a consecuencia de la ley nro. 388 del 30 de noviembre de 1993) reza, en efecto, «las partes contratantes se empeñan a establecer *sanciones apropiadas* respecto de quien ayude o intente ayudar, con fines de lucro...». Tal compromiso, por tanto, vincula a los Estados relativamente, *únicamente en cuanto a la existencia* de sanciones coercitivas adecuadas: según nuestra clasificación (v. *supra* punto 3.2.1) es una *típica* «obligación funcional de tutela adecuada»; no existe por tanto en este lugar *ningún* vínculo relativo a la naturaleza *penal* de las sanciones que deben ser adoptadas por parte de los Estados contratantes. Los actos normativos del «paquete de Schengen» (primera de las variaciones que ha aportado el tratado de Amsterdam) están reunidos en el apéndice de NASCIMBENE, *Da Schengen a Maastricht*, Milano, 1995 p. 205 ss.

129 Cfr. BIN, *Potremmo mai avere cit.* (nota 121) p. 225 ss.

Además, el criterio adoptado por la Corte afirma que constituye violación de obligaciones comunitarias no sólo la antinomia entre la normativa interna (que resultaría posteriormente a un eventual *referéndum*) y la normativa comunitaria, sino el mismo vacío normativo *sobreviniente*. En otras palabras, el incumplimiento de obligaciones comunitarias *sobreviniente* es equiparado por la Corte con el contraste normativo resultante de una normativa interna que se encuentra *frontalmente* en conflicto con la normativa comunitaria. Así, con este criterio de juicio adoptado por la Corte Constitucional, parafraseando el concepto de «leyes constitucionalmente necesarias», las normas nacionales que han de considerarse en actuación de obligaciones comunitarias han sido definidas «leyes comunitariamente necesarias»<sup>130</sup>, ya que «independientemente del hecho de que la disposición sujeta a *referéndum* reproduzca los contenidos prescritos por normativas europeas, ella puede encontrar el límite de admisibilidad de las obligaciones comunitarias si en alguna medida “entra en el campo de aplicación” de una normativa comunitaria, constituyendo, también por casualidad (...) una prosecución en el plano interno de principios normativos supranacionales»<sup>131</sup>.

La ampliación de aquí resultante tiene un alcance verdaderamente notable. Basta dirigir mentalmente sólo un momento la mirada a la normativa comunitaria para darse cuenta que las disciplinas en las cuales es posible registrar una interferencia entre derecho comunitario y derecho nacional constituyen hoy *la regla* y no la excepción del panorama normativo.

También aquí resulta útil el inagotable ejemplo del balance falso. En efecto, según la reconstrucción de la Corte Constitucional, el art. 2621, apartado 1 del Código civil parecería ser la «prosecución» en el plano interno «de la obligación funcional de tutela adecuada» expresada por la combinación del art. 44 y el art. 6 de la primera directiva<sup>132</sup>; de este modo, el art. 2621, apartado 1, Código civil, en cuanto concierne al vínculo de existencia de una tutela *adecuada* de la *veracidad* e *completitud* de la información societaria,

tendría que ser considerado ley comunitariamente necesaria, de modo de circunscribir los márgenes de discrecionalidad del legislador nacional respecto de este parámetro.

### 3.3. El «salto de cualidad»: de los vínculos sobre las cuestiones objeto de referéndum a los vínculos sobre la actividad normativa

En segundo lugar, a la extensión del área de interferencia entre derecho interno y derecho comunitario parece asociarse una evolución más radical, de tipo cualitativo, provocada por la Corte en la reconstrucción de las relaciones entre normativa interna y comunitaria.

Para comprender este «salto de cualidad» nos parece necesario realizar unas consideraciones preliminares.

La misma Corte en su argumentación parte de la constatación de que «el texto único sobre la inmigración constituye un *corpus* compuesto que incluye normas de diversa naturaleza y contenido». Sin embargo, a la afirmación del carácter compuesto del decreto legislativo nro. 286 de 1998 no sigue una revisión de la homogeneidad de la cuestión objeto del referéndum<sup>133</sup>. Tal argumento, inmediatamente dejado de lado para introducir la causa efectiva de inadmisibilidad elegida por la Corte, parece en efecto mencionado *ad abundantiam*<sup>134</sup>.

Además –el pasaje es crucial– la Corte se refiere en la decisión a su jurisprudencia precedente relativa a la inadmisibilidad del *referéndum* respecto de leyes estrechamente conectadas a las leyes de actuación de tratados internacionales. Sin embargo, para tal jurisprudencia las normas de derecho interno reconocidas como obligatorias en virtud de vínculos específicos de derecho internacional contractual constituyen, *per se*, ya causa suficiente para declarar la inadmisibilidad de una cuestión objeto de referéndum que está destinada a abrogar tales normativas<sup>135</sup>. El decreto legislativo nro. 286 de 1998 podía

130 La definición es de CARTABIA, *Referendum e obblighi comunitari cit.* (nota 121), p. 187, a quien se remite también para la convincente reconstrucción de la cuestión, que hemos retomado en este lugar.

131 Así CARTABIA, *Referendum e obblighi comunitari cit.* (nota 121), p. 189.

132 V. *retro* punto 1.1.0.

133 Como es conocido, desde la sentencia nro. 16 de 1978 la Corte ha dejado en claro que se puede proponer el *referéndum* sólo respecto de cuestiones *homogéneas* y específicas (punto 8 del «considerando en derecho», en *Giur. cost.*, 1978, p. 89 s.).

134 BASCHERINI, *Il referendum sull'immigrazione cit.* (nota 121), p. 238.

135 En materia de estupefacientes, por ejemplo, en la sentencia nro. 31 de 2000 la Corte ha mencionado las dos sentencias que han declarado inadmisibles la solicitud de *referéndum* abrogatorio (sentencias nro. 30 de 1981 y nro. 27 de 1997). En estos casos, sin embargo, el vínculo residía en una norma internacional *no comunitaria*. Precisamente y respectivamente el 14, párrafo 1, letra b) del Protocolo de Ginebra de 1972 de enmienda de la Convención de Nueva York de 1961 (ambos ratificados con la ley nro. 412 del 5 de junio de 1974) y el art. 3, párrafos 2 y 4, letras c) y d) de la Convención de Viena del 20 de diciembre de 1988 (ratificada con la ley nro. 328 del 5 de noviembre de 1990). Sobre los contenidos de la política de prohibición impuesta por los Tratados mencionados v. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, Padova, 1994, p. 27 s.

ser considerado, por tanto, ya una norma de actuación de una obligación internacional (sin que fuese necesario ingresar en la tortuosa vía de la «comunitarización» de los Acuerdos de Schengen), dado que representa la única modalidad posible de ejecución de la ley nro. 388/93 que contiene la autorización a la ratificación y ejecución de los Acuerdos de Schengen<sup>136</sup>.

El soporte lógico de esta decisión reside, en cambio, justamente en la «comunitarización» de la materia migratoria, definida textualmente por la Corte como el *punto esencial* al cual conectar el surgimiento de una obligación específica.

Entonces, intentando razonar en un plano de lógica jurisprudencial, debemos deducir que tal motivación no se imponía como obligada por la apremiante urgencia de declarar «a todo costo» inadmisibles un *referéndum* seguramente inoportuno. Dicho de otro modo, la vía comunitaria no representaba la única vía de salida utilizable por la Corte. En suma, la Corte «ha elegido» esta motivación, dicho laicamente, como si «considerase importante» sugerir que justamente la naturaleza comunitaria del vínculo internacional fuese idónea para dotar a la obligación de una *densidad normativa* particular.

Es necesario preguntarse entonces, por qué la obligación resulta vinculante *en estos términos* sólo si de la «mera cooperación intergubernamental» es «elevada a objeto de política y de regulación común», cuando la «mera cooperación intergubernamental», nos guste o no, es el método *típico* de formación del derecho internacional contractual y, por tanto, *per se* ya productor de obligaciones, a las cuales la Corte Constitucional siempre ha reconocido un límite preciso en orden a la admisibilidad de una abrogación por referéndum.

Las peculiaridades del derecho comunitario conllevan evidentemente a que éste, no contentándose con simples «limitaciones de soberanía», exija para su funcionamiento verdaderas y propias «atribuciones de soberanía»<sup>137</sup>, con el corolario de que las obligaciones comunitarias se apartan de la estructura de las «simples» obligaciones internacionales para asumir un régimen *sui generis*.

Ahora, lo notable de tal postura es que ha sido expresada por la Corte Constitucional italiana, la cual, así, parece asumir el rol de *controlador* (pero tam-

bién de garante) de los «flujos de soberanía» que del Estado italiano llegan al ordenamiento comunitario, consciente además de que estas canalizaciones no se agotan en una «operación de clasificación» de competencias normativas, sino que abarcan la relación más general entre *producción* normativa (interna) y *potestad* normativa (repartida entre la Comunidad Europea y el Estado).

Hay dos pasajes de la sentencia que confirman el «salto de cualidad» efectuado por la Corte.

- a) la *naturaleza* peculiar de las relaciones resultantes de la transferencia de la materia migratoria al sistema comunitario, a la cual ella conecta «la elevación de tales materias a objeto de política y regulación común»;
- b) el *efecto* que se deriva de tal elevación: las normas internacionales (específicamente los arts. 5, 6 y 27 de la Convención de aplicación del Acuerdo de Schengen), una vez «comunitarizadas», constituyen la «expresión de una precisa orientación normativa, rígidamente vinculante, a la cual nuestro legislador no podría sustraerse».

En suma, si la obligación *internacional* normal vincula al Estado soberano en sus relaciones con otros Estados soberanos, lo cual –y éste es el punto– según la Corte siempre deja abierta la posibilidad para el Parlamento de violar tales obligaciones, la obligación *comunitaria*, al contrario, presenta un vínculo al cual precisamente, como ahora dice la Corte, «nuestro legislador no podría sustraerse».

El reflejo inmediato de esta postura es que a las disposiciones de derecho interno *en actuación* de obligaciones comunitarias (que se deben entender, como recién hemos visto, según el criterio amplio de «interferencia causal») se les reconoce una *vis* jurídica particular en el sistema de las fuentes.

### 3.4. Obligaciones comunitarias de tutela en la Constitución: El nuevo art. 117, primer párrafo, Constitución

El nuevo art. 117 de la Constitución, introducido por el art. 3 de la recientísima ley constitucional nro. 3 del 18 de octubre de 2001 que introduce «Modificaciones al título V de la parte segunda de la Consti-

<sup>136</sup> Tal afirmación además, sea dicho incidentalmente, es «todavía más válida» en relación con leyes en actuación de las normas internacionales relativas a la condición jurídica del extranjero, que encuentran una expresa previsión en el segundo párrafo del art. 10 de la Constitución, que impone en la materia una obligación específica de conformidad con las fuentes internacionales contractuales y no sólo con aquellas consuetudinarias.

<sup>137</sup> Sobre el punto, análogamente, cfr. el comentario a la sentencia nro. 31 de 2000 ofrecido por CERASE, *Dal giudizio sull'ammissibilità cit. (nota 121)*, p. 231 s.

tución», comienza en su primer párrafo con esta disposición:

«Art. 117: La potestad legislativa es ejercitada por el Estado y por las Regiones en respeto de la Constitución, como también de los vínculos que se derivan del ordenamiento comunitario y de las obligaciones internacionales».

Ahora es evidente que una reforma tan importante necesita de una reflexión adecuada de parte de la doctrina constitucional e internacional<sup>138</sup> y, sobre todo, de decisiones de la Corte Constitucional; en vista del estado actual nos parece lícito, por tanto, exponer sólo algunas observaciones «en caliente».

Procedemos al inicio por axiomas fijando los puntos firmes.

El hecho de que la norma esté colocada en el título V de la parte segunda de la Constitución no excluye que ella también se refiera a la legislación penal, estando esta última mencionada entre las materias reservadas a la competencia exclusiva del Estado (art. 117, segundo párrafo, letra *l*) y no excluye tampoco que ella tenga alcance general, ya que leyendo el articulado resulta claro que la reforma pone nuevamente en discusión el equilibrio precedente entre las varias partes de la Constitución<sup>139</sup>.

En cuanto concierne a su contenido, en una primera lectura esta norma parece decir «demasiado», poniendo en el mismo plano a las obligaciones comunitarias e internacionales. Sin embargo, tal equiparación literal no nos parece insuperable<sup>140</sup>.

En efecto, más allá de lo que ha resultado de la observación de la jurisprudencia constitucional, existen dos argumentaciones que nos parecen decisivas para afirmar que en la nueva trama constitucional existe una diferencia de régimen entre «los vínculos a la potestad legislativa que se derivan del ordenamiento comunitario» y aquellos que se derivan «de la obligación internacional».

– En un plano lógico, si los vínculos comunitarios hubiesen sido considerados un simple subconjunto de las obligaciones internacionales no habría tenido sentido indicar a ambos.

– En un plano sistemático, las obligaciones *internacionales* –diversamente de aquellas *comunitarias*– encuentran ya en la Constitución una disposición dedicada a ellas: el art. 10 que especifica el diferente carácter vinculante del derecho internacional consuetudinario respecto del contractual. Ahora, sin pretender develar las relaciones futuras entre el art. 117, primer párrafo y el art. 10 nos parece evidente, de todos modos, que las obligaciones *internacionales* de las que habla el art. 117, primer párrafo deberán ser coordinadas con lo expresado en el art. 10; las obligaciones *comunitarias*, en cambio, o serán coordinadas con el *diferente* art. 11, sobre el cual han sido fundadas<sup>141</sup>, o encontrarán en el futuro su referencia *únicamente* en el art. 117, primer párrafo; pero, en todo caso, tendrán un régimen diferente de las obligaciones internacionales. Por tanto, podemos interrogarnos únicamente acerca del valor de las obligaciones comunitarias en la Constitución a la luz del art. 117, primer párrafo, dejando de lado a las obligaciones internacionales.

Por otra parte, un punto que es seguro es que el art. 25, segundo párrafo, Constitución pertenece a los principios supremos de nuestro ordenamiento; por tanto, una *demanda* comunitaria de tutela *penal* no vincula constitucionalmente al legislador, el cual permanece «libre» en recibirla o no.

Por el contrario, sobre el núcleo típico de la obligación comunitaria de tutela –el vínculo de *adecuación* de la tutela– la cuestión nos parece más articulada.

En efecto, como se ha visto antes, la Corte Constitucional con la sentencia nro. 31 de 2000 ha asumido una función de controlador pero también de garante de los flujos de soberanía entre ordenamiento nacional y comunitario (y uno de los contenidos principales de este flujo es justamente el vínculo sobre la racionalidad de la tutela).

En esta perspectiva, pues, la *técnica* de tutela preseleccionada es *incidental*, pero el legislador, una vez que ha tomado el camino preseleccionado, *también el penal*, debe respetar el vínculo comunitario de racionalidad; ya que en caso de ilegitimidad comunitaria por falta de adecuación/no proporcionalidad de la

138 Sobre el nuevo art. 117, primer párrafo, Const., al momento v. sobre todo CANNIZZARO, *La riforma «federalista» della Costituzione e gli obblighi internazionali*, en curso de publicación en *Riv. dir. int.*, consultable en *internet*, en la dirección <http://www.unimc.it/web9900/provdip/internaz/Person/Cannizzaro/art117> v. además PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, en *Foro it.*, 2001, V, p.194 ss.; y el *forum* de il Mulino con el título «la riforma del titolo V» que se puede consultar en *internet* siguiendo estos pasos: [www.mulino.it](http://www.mulino.it) ? «edizioni»? «riviste»? «quaderni costituzionali»? «forum»? «temi»? «la riforma del titolo V»; en el *forum* sobre el art. 117, primer párrafo v. en particular las contribuciones de N. LUPO, *Nel nuovo titolo V il fondamento costituzionale della potestà regolamentare del governo?*; BIN, *L'interesse nazionale dopo la riforma: continuità dei problemi, discontinuità della riforma costituzionale* (2 dicembre 2001); y el ya citado trabajo de Cannizzaro publicado también en el *forum* (10 de diciembre de 2001), pero de forma reducida y sin notas.

139 Cfr. N. LUPO cit. (nota 139), en sentido crítico pero llegando al mismo resultado CANNIZZARO, *La riforma cit.* (nota 139), p. 3 s.

140 Parece en cambio presuponer una equiparación entre obligaciones comunitarias e internacionales CANNIZZARO, *La riforma federalista cit.* (nota 139), p. 5.

141 V. *supra* punto 3.1.

específica opción de incriminación adoptada, ésta –hipotéticamente– podría contener un vicio de ilegitimidad *constitucional* por contrastar con el art. 117, primer párrafo, Constitución.

No existe contraste, en efecto, con el art. 25, segundo párrafo, que prevalece, ya que el juicio del merecimiento y necesidad de pena ha sido realizado con plena autonomía por el legislador<sup>142</sup>; *suya* es la elección de *punir*: la reserva de ley es respetada, sólo que la discrecionalidad del legislador no contiene la posibilidad de adoptar una tutela –aun penal– no racional.

Pero entonces, se dirá, es simplemente una cuestión de «razonabilidad encubierta»: ¿por qué reflexionar sobre el art. 117, primer párrafo cuando el juicio que de razonabilidad encuentra una norma dedicada a ella –el art. 3, primer y segundo párrafo–?

Porque –y esta es la *hipótesis que adelantamos*– lo que la Corte Constitucional expresa en materia de juicio de razonabilidad a través de su proverbial *self restraint*<sup>143</sup> es que la discrecionalidad del legislador es tan amplia que el *ius utendi* de la potestad legislativa se extiende hasta incluir también el *ius abutendi*. En otras palabras, el legislador en las materias respecto de las cuales tiene competencia exclusiva –nos guste o no– puede legiferar también en modo «no racional»; en las materias repartidas entre derecho comunitario y nacional el legislador interno ha perdido en cambio la potestad de ejercitar en modo «no racional» sus prerrogativas normativas, porque el principio supremo, y al mismo tiempo la piedra angular del sistema de legiferación repartido entre derecho comunitario y nacional, es que el legislador nacional está vinculado en relación con los *objetivos* a alcanzar; libertad en los instrumentos, pero ninguna digresión en cuanto a la racionalidad.

El flujo de soberanía interviene entonces justamente sobre esta regla operativa garantizada por la Corte Constitucional: al legislador se le ha sustraído el *ius abutendi* de la potestad legislativa.

El vínculo constitucional de racionalidad de la tutela tiene, por tanto, una estructura variable:

– Más «tolerante» en las materias sobre las cuales el legislador tiene competencia exclusiva (art. 3, Constitución).

– Más «intransigente» en las materias que son el fruto de la legislación bifásica (*input* comunitario/*output* nacional). En estos casos, la obligación comunitaria de tu-

tela adecuada/proporcionada implica que una vez comprobada la falta de adecuación/no proporcionalidad (en una palabra, la irracionalidad) de la tutela dispuesta por el legislador interno, ésta última sea *también* constitucionalmente ilegítima por contrastar con el art. 117, primer párrafo, Constitución.

### III. Reconstrucción

#### 1. Las obligaciones comunitarias de tutela en el sistema constitucional de las fuentes

A esta altura podemos intentar recomponer la dimensión triádica entre Constitución, normas de incriminación y obligaciones comunitarias y dar así las últimas respuestas a la pregunta de la cual hemos partido: ¿Cuánto obligan las obligaciones comunitarias de tutela?<sup>144</sup>

En el curso de nuestra investigación las hipótesis transitables se han vuelto cada vez más sutiles; en primer lugar hemos verificado que los *inputs* comunitarios de tutela *nunca* están dotados del requisito de la *aplicabilidad directa*, impidiendo de este modo al juez común la posibilidad, típica en cambio en la relación normal entre norma interna y norma comunitaria, de desaplicar la normativa interna contrastante<sup>145</sup>; hemos observado, por tanto, como en los casos en los cuales la antinomia deriva de una falta de actuación originaria, total o parcial, el contraste puede ser hecho valer *únicamente* con los instrumentos jurisdiccionales ofrecidos por el ordenamiento comunitario que, en el fondo, no resultan idóneos para garantizar la accionabilidad de los vicios de ilegitimidad comunitaria *in malam partem*. Los únicos vicios de ilegitimidad comunitaria *in malam partem* accionables se han circunscrito, así, en torno a las hipótesis en las cuales el contraste emerge de la modificación *sucesiva* de una norma que ha de considerarse en actuación de una obligación comunitaria de tutela; en tales casos, en efecto, el vicio puede ser atribuido a una norma específica (la norma abrogatoria/modificadora) sobre la cual es posible catalizar el juicio de constitucionalidad vigente en Italia<sup>146</sup>; además, hemos observado como de frente a la Corte Constitucional puede ser impugnada una norma interna por violación de una norma constitucional

142 V. *supra* punto 3.2.1.

143 Cfr. PALIERO, *Il principio di effettività* cit. (nota 25), p. 449, sobre el control de razonabilidad en materia penal v. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, en *Rev. it. dir. e proc. pen.*, 1998, p. 350 ss.; MAUGERI, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della corte costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza di proporzione e di tassatività (parte I e II)*, en *Rev. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 434 ss.; en particular p. 438 ss.

144 Punto 1.2.

145 Punto 3.1, 3.1.1. y 3.2.

146 Punto 2. e 3.3.

(«*parámetro directo*» de la cuestión) en referencia a una norma comunitaria que funge de «*parámetro interpuesto*»<sup>147</sup>.

Bajo otro aspecto, hemos indagado sobre el *contenido* específico de las obligaciones comunitarias de tutela, identificando tres tipos de obligaciones: las obligaciones *formales* de tutela *penal*, las obligaciones *funcionales* de tutela *adecuada* y las obligaciones *analógico/funcionales* de tutela por *asimilación*, de donde ha emergido que en los casos en que el derecho comunitario impone un vínculo de tutela *racional*, tal imposición no perjudica en absoluto la discrecionalidad del legislador nacional en el ejercicio de la función de incriminación (y, por tanto, el respeto del principio de reserva de ley en materia penal). En este caso, en efecto, las valoraciones de merecimiento y necesidad de pena restan en el exclusivo dominio del legislador nacional<sup>148</sup>. Hemos verificado, además, que la antinomia emergente de la falta de respeto del canon de la adecuación de la tutela, comportando un juicio de relación de los términos de referencia *claros*, *siempre* tiene necesidad de ser individualizada y precisada a través de una decisión específica del Tribunal de Justicia<sup>149</sup>.

Aun bajo otro aspecto, hemos observado que la Corte Constitucional individualiza las normas internas que se han de considerar en actuación de una obligación comunitaria de tutela en virtud de la superposición normativa «causal» entre demanda comunitaria y oferta nacional: y, en tal modo, que la norma interna que *ofrece* tutela está en actuación de la norma comunitaria que *demand*a tutela si entre ellas existe correspondencia de objeto y contenido de tutela; ello, independientemente del hecho de que la norma interna haya sido introducida expresamente para dar respuesta a la tutela requerida por la norma comunitaria<sup>150</sup>. Además, hemos visto como las obligaciones comunitarias de tutela reciben de parte de la Corte Constitucional señales de reconocimiento de su valor vinculante también respecto del legislador, a quien de este modo le estaría vedada la posibilidad de actuar en incumplimiento de tales obligaciones a través de la modificación de las normas internas en la

parte en que responden al canon de adecuación/proporcionalidad de la tutela<sup>151</sup>.

Hemos realizado la hipótesis, en fin, de que el nuevo art. 117, primer párrafo de la Constitución produzca el efecto de constitucionalizar el vínculo de racionalidad de la tutela puesto por las obligaciones comunitarias<sup>152</sup>.

Resta aún examinar, pues, qué valor constitucional tienen las obligaciones comunitarias de tutela.

#### A) *El rango constitucional de las obligaciones comunitarias de tutela racionales.*

Cuando, como ocurre en la casi totalidad de los casos, el derecho comunitario impone el respeto de sus reglas a través de la adopción de medidas «adecuadas y proporcionales», y el derecho nacional ha dispuesto una tutela *penal*, la norma que modifica la figura incriminante esterilizando la adecuación se presenta como comunitariamente *ilegítima*.

La esterilización pueden emerger a través de una *desincriminación* explícita<sup>153</sup> o bien a través del uso de *otros mecanismos* indirectos («esterilización *de hecho*»). Se debe resaltar que en este segundo caso «la falta de adecuación» es *sistemáticamente* más grave, porque al vicio por defecto de tutela del bien se agrega el vicio propio de una tutela penal si bien existente pero inadecuada, que comporta *por definición* que alguien sea de todos modos penado, pero en un modo irracional. En fin, si la *desincriminación* comporta una tutela inadecuada (obvio: ¡no existe!), por lo menos es «proporcionada en su distribución de la falta de adecuación»; la «esterilización *de hecho*», en cambio, es *dos veces* inadecuada<sup>154</sup>: tanto en relación con el objeto de la tutela, como en relación con el principio de proporcionalidad entre intereses tutelados e intereses sacrificados por el uso de la pena (principio común al derecho comunitario y constitucional).

Obviamente, es prejudicial la cuestión fundamental acerca de si la Corte Constitucional puede anular o de cualquier modo manipular una «norma penal de favor»<sup>155</sup>, desplegando de este modo efectos *in ma-*

147 Punto 3.3.1.

148 Punto 3.1.1. e 3.2.1.

149 Punto 3.3.1.

150 Punto 4.1.1.

151 Punto 4.1.2.

152 Punto 4.2.

153 Que ha de entenderse, en la terminología adoptada por nosotros, como el paso de una reacción penal a ninguna reacción del ordenamiento (v. *supra*, nota 45). Paralelamente, lo recordamos, la «despenalización» no presenta *per se* aspectos de ilegitimidad comunitaria.

154 PALIERO, *Il principio di effettività cit.* (nota 25), p. 444, define como «inaceptable» tal paradigma «justamente porque el derecho penal —la pena— es un arma, y a *doble filo*, una vez “impugnada” hace de *todos modos* sus *víctimas*; produce inmediatamente sus (elevados) costos sociales y *no puede* por tanto “permitirse ser utilizada en vacío”».

155 Recordamos que la locución normas penales de favor, utilizada por la Corte Constitucional comprende a todas las normas caracterizadas por el efecto jurídico de excluir o atenuar la responsabilidad penal; cfr. MARINUCCI - DOLCINI, *Corso, cit.* (nota 25), p. 88.

*lam partem*. Al respecto, si el criterio discriminante con el cual evaluar el respeto de la reserva de ley es que la función de incriminación debe estar reservada al Parlamento, entonces estamos convencidos de que el contenido de este tipo de obligaciones de tutela no pone en discusión el ejercicio de la función de incriminación, la cual continúa siendo del Parlamento<sup>156</sup>, sino su límite externo: el vínculo particular de *racionalidad* comunitaria. Además –punto *fundamental*– no es la Corte Constitucional la que debe realizar el juicio de adecuación/proporcionalidad de la tutela que, dado su ductilidad, comprometería en alguna medida la discrecionalidad del Parlamento, dejando traslucir un *fumus* de creación legislativa *in malam partem* por obra de la misma Corte Constitucional. Por el contrario, el juicio de adecuación es desarrollado por el derecho comunitario, no tiene por objeto la naturaleza penal de la tutela y es recibido a través del *control* de la Corte Constitucional, en total armonía, por tanto, con nuestros principios fundamentales, en tanto que se funda en cánones tales como la adecuación y proporcionalidad de la tutela, existentes en ambos ordenamientos<sup>157</sup>. La Corte asume, por tanto, el rol de garante del respeto del límite externo por el cual el Estado, en las materias repartidas, no puede intervenir en modo de esterilizar la racionalidad de la tutela, sea ella penal o de otra naturaleza.

Es el caso de «nuestro» ejemplo de la perseguibilidad por querrela del balance falso que, como se ha anticipado, tiene elevadísimas *chances* de ser declarada comunitariamente ilegítima<sup>158</sup>, ya que es, como hemos visto, estructuralmente inadecuada para tutelar el bien jurídico sobre el cual cae la demanda de tutela expresada por el ordenamiento comunitario. Aquí –una vez que se haya declarado expresamente la ilegitimidad comunitaria de este mecanismo– es coherente sostener que la norma del futuro decreto legislativo en actuación del punto 1.2.1. del art. 11, letra a), 1) de la ley delegante nro. 366 de 2001 en la parte en que abroga la perseguibilidad de oficio del balance falso deba ser anulada por ilegitimidad constitucional del principio expresado en la ley delegante en referencia a los arts. 11 y 117, primer párrafo, Const.

B) *La indiferencia constitucional de las demandas comunitarias de tutela penal.*

Si el derecho comunitario obligara, en cambio, a la adopción de una tutela penal, toda intervención de despenalización del ilícito, desde el punto de vista del derecho comunitario, escaparía a los márgenes de solución concedidos al legislador interno: tanto si ésta es actuada a través de una despenalización explícita, como si es realizada en modo menos evidente a través, por ejemplo, de la previsión y aplicación sistemática de la transacción como causa de extinción del delito. De todos modos, en virtud de lo expuesto, no consideramos en absoluto que el art. 117, Const. presente la fachada constitucional de las *demandas* comunitarias de tutela *penal*. Al contrario, cuando, de frente a un legislador nacional renuente, el derecho comunitario se empecinase en *pretender* la tutela penal, sería este último quien estaría «equivocado», obligando a la Corte constitucional, investida de la cuestión, a ejercitar la «doctrina de los contra-límites», declarando constitucionalmente ilegítima una obligación comunitaria del género. La regla comunitaria que impone la tutela penal al legislador nacional se transforma, en efecto, si no es aceptada espontáneamente por éste, en un intento de sustraer al Parlamento nacional la función de incriminación, perfilándose, por tanto, como contraria al principio de reserva de ley en materia penal, que, como se ha dicho y es conocido, es un principio supremo del ordenamiento.

Por esto, la «libertad» de que disponen, respectivamente, el ordenamiento comunitario en el formular demandas de incriminación y el legislador nacional en el desatender estas demandas se debe entender en sentido kantiano, siendo consciente de los costos atinentes. Los puntos centrales de tal conflicto, llevado a sus consecuencias extremas, se pueden sintetizar así: 1) demanda comunitaria de tutela penal, 2) incumplimiento del legislador nacional, 3) condena de parte del Tribunal de Justicia, 4) condena en sentido contrario de parte de la Corte Constitucional que en virtud del principio de reserva de ley en materia pe-

156 La Corte Constitucional considera, en efecto, no poder pronunciar ninguna sentencia, de la cual derive la *creación –reservada* exclusivamente al legislador– de una nueva figura penal (bastardilla agregada) (Corte const. nro. 108 de 1981 citada en PULITANO, art. 1, en CRESPI - STELLA - ZUCALÀ, *Commentario breve del codice penale*, Padova, 1992, p. 11.) y estamos convencidos con base en lo dicho que no están en absoluto en discusión las prerrogativas del legislador de creación de la norma penal.

157 Cuando no hay contraste entre los principios comunitarios y los principios constitucionales se realiza el llamado «concordato jurisprudencial», que es la base sobre la cual poder fundar cualquier forma de ósmosis entre los dictados del Tribunal de Justicia y aquellos de la Corte Constitucional. Cfr. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria*, cit. (nota 115), p. 1200 ss.; sobre el «concordato jurisprudencial» en la literatura penal v. las observaciones de RIONDATO, *Profili*, cit. (nota 111) p. 1140 s.

158 Dejamos en claro, además, que consideramos no resolutoria al respecto la naturaleza procesal del instituto de la querrela GIUNTA, *Interessi privati* cit. (nota 11), p. 112 ss.; ROMANO - GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano 1996, previamente al art. 120, nro. 8 ss.

nal –principio supremo del ordenamiento– censura-ría el pronunciamiento del Tribunal europeo.

De todos modos, el caso de un conflicto semejante es absolutamente teórico<sup>159</sup>. En presencia de una antinomia entre la demanda comunitaria de penalización y la norma nacional que incumple tal demanda el Tribunal de Justicia encontraría seguramente vías alternativas para no condenar al Estado. El riesgo es en efecto el de crear un cortocircuito en el sistema. También por esto el derecho comunitario –previamente– evita crear una situación potencialmente peligrosa, cuidándose bien de no introducir, en cuanto sea posible, *inputs* comunitarios concentrados en la naturaleza penal de la tutela y, de cualquier modo, el legislador nacional y en todo caso la Corte Constitucional –luego– evitarían de todos los modos posibles agudizar tal conflicto entre sistemas. En el fondo, entonces, inspirándonos en un ilustrativo trabajo de Gavazzi<sup>160</sup>, quizás en estos casos más que de «libertad» sería correcto hablar de «cargas»; la estructura de las demandas comunitarias de penalización se puede encuadrar en efecto en el esquema típico de la carga: «si (no) quieres A, entonces B», que en nuestro caso se traduce respectivamente: 1) –para el sistema comunitario– «si no quieres correr el riesgo de producir un cortocircuito normativo (A), entonces no formules demandas de incriminación (B)»; 2) –para el sistema nacional– «si no quieres alimentar un cortocircuito normativo (A), entonces «no des» respuestas a estas demandas (B)».

C) *Normas de incriminación «comunitariamente necesarias» pero constitucionalmente ilegítimas.*

Resta explorar un tercer interrogante relativo a la hipótesis de una norma penal interna que se presente al mismo tiempo como «comunitariamente necesaria» y constitucionalmente ilegítima. ¿Puede la Corte Constitucional abolir esta norma?

Ahora, como hemos visto, en la legislación repartida las figuras incriminantes se componen de una cáscara dada por la norma comunitaria, y de un contenido específico que es atribución del legislador nacional.

Al mismo tiempo, el vicio de inconstitucionalidad puede resultar tanto de las imposiciones contenidas en el núcleo de discrecionalidad nacional, como en las de la cáscara comunitaria.

a) En el caso en que el vicio se haya de imputar a la discrecionalidad interna, para evitar el vacío normativo y la violación de la obligación comunitaria respectiva, la Corte constitucional procederá verosímilmente a dictar una sentencia interpretativa de acogimiento o, más probablemente, de rechazo<sup>161</sup>: de este modo, en efecto, logrará extraer los aspectos inconstitucionales sin dejar al ordenamiento desprovisto de una disposición «comunitariamente necesaria».

Sin embargo, hipotizando siempre en línea teórica que la Corte, en coherencia con su jurisprudencia, hubiera querido de todos modos anular *in toto* la norma objeto de juicio, entonces si el vicio específico de constitucionalidad tocara a un principio fundamental de los derechos de la persona, la que prevalecerá será la norma constitucional y, por tanto, se anulará la norma interna; al contrario, para las otras hipótesis de inconstitucionalidad la norma comunitaria sería la que resultaría prevalente y entonces la norma interna comunitariamente necesaria no podría ser abolida.

Podemos dar el ejemplo del art. 53 del decreto legislativo nro. 22 del 22 de febrero de 1997 sobre desechos (llamado *decreto Ronchi*). La contravención contenida en el primer párrafo de este artículo (con la rúbrica «circulación ilícita de desechos») dispone: «el que efectúa expediciones de los desechos elencados en los anexos II, III y IV del Reglamento 259/93/CEE del Consejo del 1 de febrero de 1993, en

159 Sólo con el fin de ofrecer una ejemplificación podemos plantear la hipótesis del caso de un contraste emergente de la eventual abrogación de la tutela penal prevista en el noveno párrafo del art. 7 del decreto legislativo nro. 74 del 25 de enero de 1992 en materia de publicidad engañosa (cfr. *supra* punto 3.2.). El sistema adoptado atribuye en vía administrativa a la autoridad garante de la competencia y del mercado la tarea de reprimir las formas de publicidad engañosa a través de la adopción de medidas de urgencia, inhibitorias o de remoción de la actividad publicitaria que se presenta precisamente como engañosa. La actividad desarrollada a tal fin por la *Autority* (art. 7, decreto legislativo nro. 74/1992) está, a su vez, tutelada a través de la previsión inserta en el noveno párrafo de este artículo que sanciona penalmente la desobediencia de las medidas emanadas por la autoridad administrativa. En este caso, la eventual abrogación de la tutela penal de la función de vigilancia y represión desarrollada por la *Autority* se pondría en contraste con la obligación de tutela *penal* invocada por el Tribunal de Justicia y por tanto por el derecho comunitario en materia de publicidad engañosa.

160 GAVAZZI, *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, Torino, 1985.

161 Recordamos que con las sentencias interpretativas de acogimiento la disposición permanece en el ordenamiento sin que se origine ninguna laguna, pero ella no podrá más ser aplicada en la interpretación respecto de la cual la Corte ha declarado su inconstitucionalidad. Al contrario, con las sentencias interpretativas de rechazo la Corte juzga infundadas las dudas de legitimidad constitucional presentadas en relación con la disposición impugnada, cuando considera que ha de consentirse la supervivencia de la disposición impugnada en la interpretación que le ha dado la Corte. Así, casi textualmente, CARETTI - DE SERVIO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1999, p. 513.

modo tal que integra el tránsito ilícito, así como se encuentra definido por el artículo 26 del mismo Reglamento será penado con *ammenda*\* de tres millones a cincuenta millones de liras y con arresto hasta dos años. La pena será aumentada en caso de expedición de desechos peligrosos».

En cuanto a esta contravención, desde muchas partes se han planteado dudas respecto de su legitimidad constitucional, porque con ella el legislador habría realizado un verdadero y propio reenvío *móvil*<sup>162</sup>, o sea, un reenvío no a un acto individual, sino al *poder* normativo de la fuente comunitaria<sup>163</sup> y, por tanto, al acto y a las sucesivas modificaciones que éste podría sufrir por voluntad e iniciativa del legislador comunitario<sup>164</sup>.

Ciertamente, en «disculpa» del legislador se debe decir que en tales casos no tiene mucha elección: en efecto, los preceptos contenidos en los *reglamentos* (que son directamente aplicables y no deben transponerse en el derecho interno, como las directivas) no pueden ser reformulados en el derecho interno porque, si así se hiciera, las fuentes comunitarias se transformarían en fuentes nacionales presentando el problema opuesto de haber transferido el poder normativo respecto de aquel acto del legislador comunitario al nacional, el cual podría por tanto modificarlo sucesivamente a su voluntad.<sup>165</sup> Visto correctamente, se trata de un problema crónico en materia de reglamentos comunitarios integrados por una normativa penal: si el legislador nacional reescribe el precepto contenido en el reglamento viola la normativa comunitaria; si, en cambio, prevé la sanción penal y reenvía al reglamento para la identificación íntegra del precepto, viola el principio de reserva de ley.

Volviendo al delito de «circulación ilícita de desechos» previsto por el art. 53 del decreto legislativo 22/97: aquí es importante señalar que tal norma se presenta, al mismo tiempo, como constitucional-

mente dudosa y «comunitariamente necesaria». Por tanto, la eventual anulación de la norma por ilegitimidad constitucional en virtud del art. 25, segundo párrafo, Const. produciría un vacío normativo en incumplimiento de las obligaciones comunitarias. La solución que la Corte adoptaría para salir del *impasse* sería –muy probablemente– la de dictar una sentencia interpretativa de rechazo, reinterpremando el reenvío no como *móvil*, sino como *fijo*; con la consecuencia de que se derivaría en cabeza del legislador nacional una obligación de legiferar en caso de modificación sobreviviente de la normativa comunitaria a la cual se dirige el reenvío. De todos modos, la Corte, si lo quisiera, podría al límite también abolir la norma interna, porque el vicio de constitucionalidad se deriva del art. 25, segundo párrafo, Const., que es un principio fundamental de nuestro ordenamiento y un derecho inalienable de la persona.

b) En cambio, en la hipótesis en que el perfil de inconstitucionalidad haya de imputarse directamente al derecho comunitario<sup>166</sup>, la Corte Constitucional debería plantear o hacer plantear mediante una ordenanza de inadmisibilidad y reenvío al juez *a quo* una cuestión prejudicial frente al Tribunal de Justicia (conforme al art. 234, TCE)<sup>167</sup>. A este punto, el Tribunal de Justicia podrá hacer cosas:

- anular o modificar por vía interpretativa la regla comunitaria específica, si considera que la inconstitucionalidad se traduce también en la falta de observancia de los principios generales del derecho comunitario<sup>168</sup>;

- considerar que la regla específica –inconstitucional para el derecho italiano– no sería de todos modos ilegítima para el ordenamiento comunitario. La Corte Constitucional a este punto –pero sólo a este punto– podría hacer partir los llamados *contra-límites* declarando inaplicable en Italia la norma europea individual por ser contraria a los principios fundamentales del ordenamiento constitucional italiano y, por consecuencia, abolir la norma incriminante.

\* Nota del Traductor. En el sistema penal italiano que divide al hecho penal (*reato*) en delitos (*delitti*) y contravenciones (*contravvenzioni*) la *ammenda* es la pena pecuniaria destinada a las contravenciones y la *multa* la pena pecuniaria destinada a los delitos. La única diferencia entre *ammenda* y *multa* es la mayor cuantía de ésta última (arts. 17, 18, 24 y 26, CP italiano).

162 Cfr. IMPERATO, *Inquinamento del suolo e responsabilità penale*, en AMELIO - FORTUNA (editores) *La tutela penale dell'ambiente*, Torino, 2000, p. 134 y los autores *ivi* mencionados en la nota. 42.

163 Consideran constitucionalmente ilegítima por violación del principio de la reserva de ley la técnica de reenvío formal a una fuente comunitaria MARINUCCI - DOLCINI, *cit.* (nota 2), p. 64.

164 Sobre las cuestiones conexas a la técnica de construcción de las figuras penales mediante reenvío en ámbito comunitario v. PAUERO, *La fabbrica del Golem cit.* (nota 67), p. 478 s.; v. además, también por las oportunas referencias a la praxis alemana y francesa, BERNARDI, *I tre volti cit.* (nota 74), p. 65 s.

165 Sobre el punto cfr. BERNARDI, *I tre volti cit.* (nota 74), p. 66 y nota 73.

166 Podemos avanzar la hipótesis de un hecho ilícito descrito por el derecho comunitario sobre el cual pesa además una obligación comunitaria de penalización a título de responsabilidad objetiva.

167 Sobre el punto v. GHERA, *Pregiudiziale cit.* (nota 115), p. 1193 s.

168 V. retro punto 3.1.1.