

LA INCIDENCIA DE LAS “DECISIONES MARCO” EN LA INTERPRETACIÓN EN MATERIA PENAL: PERFILES DE DERECHO SUSTANTIVO

**Comentario de la sentencia de 16 de junio 2005 -Causa C-105/03 del
Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –Gran Sala-
(demanda de pronunciamiento prejudicial propuesto por el Juez de
Instrucción del Tribunal de Florencia en el procedimiento Pupino)**

Vittorio Manes

Universidad de Bolonia

Traducción de M^a Elena Torres Fernández

MANES, Vittorio. La incidencia de las “Decisiones Marco” en la interpretación en material penal: perfiles de derecho sustantivo. Comentario de la sentencia de 16 de junio 2005 –Causa C- 105/03 del Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas – Gran Sala- (demanda de pronunciamiento prejudicial propuesto por el Juez de Instrucción del Tribunal de Florencia en el procedimiento Pupino). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2007, núm. 09-07, p. 07:1-07:20. Torres Fernández, traductora. Disponible en internet:

<http://criminnet.ugr.es/recpc/09/recpc09-07.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 09-07 (2007), 10 dic]

RESUMEN: Con la sentencia del Tribunal de Justicia pronunciada en el caso *Pupino* (16 de junio de 2005, causa C105/2003) se ha establecido un principio tan innovador como lleno de consecuencias, sobre la base del cual la obligación de interpretar conforme al derecho comunitario debe alcanzar también a los actos típicos del tercer pilar, esto es a las “decisiones marco”, un instrumento cada vez más utilizado para armonizar los sistemas penales también bajo el perfil del derecho sustantivo. Precisamente en la perspectiva del derecho

penal sustantivo es posible individualizar algunos criterios, y sobre todo algunos límites, que pueden ayudar a trazar los nuevos confines de la interpretación “comunitariamente orientada”: en primer lugar, la prohibición de que la conclusión interpretativa alcanzada pueda fundar o agravar la responsabilidad del imputado, prohibición que expresa un principio consolidado en la jurisprudencia comunitaria y radicado en la inquestionable infranqueabilidad de la reserva de ley estatal en materia penal. La normativa italiana, a la luz de las diversas decisiones marco relevantes *ratione materiae*, permite poner en evidencia algunos ejemplos de interpretación posible con efectos *in bonam partem* (y como tal admisible: por ejemplo en materia de comiso *ex art. 12 sexies d.l. n. 306/1992*), o bien -al contrario- ejemplos de posibles interpretaciones *in malam partem* (como tal inadmisibles: por ejemplo en materia de comiso por “equivalencia” y blanqueo de capitales), haciendo surgir en toda su extensión la problemática de los casos que se sitúan peligrosamente entre interpretación extensiva y analogía *in malam partem* (ejem. en materia de comiso por equivalencia y estafa *ex art. 640 quater del CP italiano*). Problemáticas parcialmente análogas se ponen de

relieve donde la interpretación conforme se filtra a través de elementos normativos del tipo y/o de conceptos definitorios (ejem. en materia de terrorismo y pornografía infantil).

normativos del tipo, analogía, interpretación extensiva, interpretación comunitariamente orientada, decisiones-marco, unidad del ordenamiento.

PALABRAS CLAVE: tipo penal, elementos

Fecha de publicación: 10 diciembre 2007

SUMARIO: 1. La sentencia Pupino en el contexto de la unidad del ordenamiento jurídico. 2. La interpretación “comunitariamente orientada” con efectos in bonam partem: en materia de comiso ex art. 12 sexies d. l. n° 306/1992. 3. La interpretación “comunitariamente orientada” con efectos in malam partem. 3.1. Las hipótesis de interpretación incluyente de hipótesis no contempladas en el tipo penal del derecho interno: en materia de “comiso por equivalencia” y blanqueo. 3.2. Las hipótesis en los confines entre la analogía y la interpretación extensiva: en materia de “comiso por equivalencia” y estafa. 4. La eficacia interpretativa de las decisiones-marco respecto a un elemento normativo del tipo: los conceptos de “terrorismo” y de “pornografía infantil”. 5. La violación de la obligación de interpretación conforme o, viceversa, sus límites: posibles consecuencias. 6. Conclusiones

1. LA SENTENCIA PUPINO EN EL CONTEXTO DE LA UNIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

En confirmación de una influencia del derecho comunitario sobre el derecho penal interno cada vez más penetrante y sutil¹, la sentencia comentada se encuadra en un escenario que ve proyectarse el tipo normativo de las “decisiones marco” en una dimensión de absoluta centralidad en la dinámica de las relaciones de compenetración que destacan el progresivo despliegue de la “unidad del ordenamiento jurídico” comunitario; “unidad” -que respecto a las fuentes de derivación europea- estaba circunscrita, hace algún tiempo, a los sectores del así llamado primer pilar, en aplicación de los principios de primacía y la aplicabilidad directa de la norma comunitaria,

¹ Sólo por citar algunas referencias esenciales, que han evidenciado una conciencia cada vez más adquirida, ceñida al contexto italiano, sobre el tipo y el grado de incidencia del derecho comunitario sobre el derecho penal de los estados miembros, véase: PEDRAZZI, *L'influenza della produzione giuridica della Cee sul diritto penale italiano*, en AA.VV., *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, bajo la dirección de Gappelletti e Pizzorusso, Milano, 1982, 612 ss. (ahora también en ID., *Diritto penale*, Milano, 2003, 451 ss.); RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova, 1984; G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989; SGUBBI, voz *Diritto penale comunitario*, en *Digesto/pen.*, vol. IV, Torino, 1990, 90 ss.; más recientemente, MANACORDA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, en *Foro Italiano*, 1995, IV, c. 55 ss.; RIONDATO, *Competenza penale della comunità europea e diritto penale*, Padova, 1996, e ID., *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 *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'economia*, 1997, 1135 ss.; BERNARDI, *I tre volti del “diritto penale comunitario”*, en PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano, 1999, 43 ss.; MAZZINI, *Prevalenza del diritto comunitario sul diritto penale interno ed effetti nei confronti del reo*, en *Il diritto dell'Unione europea*, 2000, 349 ss.; SAMMARCO, *Interessi comunitari e tecniche di tutela penale*, Milano, 2002; VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, en *Diritto penale e processo*, 2005, 1433 ss.; amplio retrato, ahora en BERNARDI, *L'europizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004.

y que se demuestra hoy en constante expansión hacia ámbitos originariamente excluidos de ella.

Es conocido como las “decisiones marco” (art. 34 TUE), se han convertido en los últimos años en el instrumento privilegiado de armonización de las legislaciones nacionales en algunos ámbitos, encabezados, debido a la importancia que reviste en el contexto del llamado tercer pilar, por el de la política criminal, siendo el acercamiento normativo en materia de delitos y sanciones directamente funcional a la “cooperación de policía y judicial en materia penal” promovida en el sentido de las disposiciones del Título VI TUE².

Por otra parte, la tendencia expansiva de este instrumento, a través del cual el órgano político de la Unión afirma su propia competencia para intervenir siguiendo el *método intergubernamental*, se manifiesta también en sectores no estrictamente confiados en el “dominio” típico de la “justicia y asuntos internos” (JAI), ni tampoco directamente encuadrables en el proyecto de realización de un “*espacio de libertad, seguridad y justicia*” (art. 29 TUE)³, y pese a todo merecedores de específica tutela penal. No es casual que –poco después de la sentencia objeto de comentario- se haya podido registrar un pronunciamiento posterior del Tribunal de Luxemburgo interviniendo para dirimir un complejo y novedoso conflicto entre la Comisión y el Consejo para atribuir la competencia legislativa en materia de (tutela penal del) medio ambiente, sector sin duda incluido en el ámbito de atribuciones de la “Comunidad” (y, por tanto, no del “tercer pilar”); se alude a la Sentencia de la Gran Sala del 13 de septiembre 2005⁴, que ha anulado la decisión marco del Consejo 27 de enero 2003 n° 2003/80/JAI (relativa, precisamente, a la protección del medio ambiente a través del derecho penal)⁵, considerando que el acto adoptado excede el ámbito de atribuciones fijado por el art. 47 TUE, y reafirmando la competencia de la Comisión para legislar en la materia objeto de controversia, también en relación con los perfiles sancionatorios de carácter *penal*, a través del instrumento típico de la directiva, mucho más incisivo y penetrante que la *framework decision* (y no impedido -si se atiende a la interpretación del Tribunal- por la posición tradicional e indiscutida que asume la incompetencia de la Comunidad en materia penal)⁶.

² Cfr. BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, en AA.VV., *Il diritto penale nella prospettiva europea*, a cargo de Canestrari-Foffani, Milano, 2005, 377 ss., 426 ss.

³ Además del racismo y la xenofobia (art. 29 párrafo 1° TUE), en el sentido del art. 29 párrafo 2° TUE, el ámbito de la acción común en el sector de la seguridad interior es individualizado en la prevención y la represión de la criminalidad organizada o de otro tipo, y, en particular, del terrorismo, de la trata de seres humanos y de los delitos contra los menores, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude.

⁴ TJCE, Gran Sala, Sentencia 13 de septiembre de 2005, C-176/03, en *Guida al Diritto*. (en adelante *Guida dir*), n. 38/2005, 93 ss.

⁵ N. de la T.: un estudio sobre el conflicto de competencias entre los órganos de la UE respecto de las materias penales ligadas al primer o al tercer pilar puede verse en CORDERO BLANCO, I., “El Derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea”. *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*. 06-05, 2004.

⁶ La utilización de la directiva también con los fines de promover la armonización penal en algunos sectores, no implica, en realidad, la posibilidad de valerse de los efectos directos que le son reconocidos (a diferencia de lo que sucede con las decisiones marco), puesto que constituye *jus receptum*, reafirmado por el Tribunal recientemente, el principio sobre el cual “una directiva no puede tener como efecto, por sí misma e independientemente de una ley interna de un Estado miembro adoptada por su actuación, de determinar o agravar la responsabilidad penal de los imputados” (por último, cfr. TJCE 3 mayo 2005, proc. reunidos C-387/02, C-391/02, C-403/02, *Berlusconi*

En efecto, respecto a la directiva, la decisión marco -en la sistematización tradicional- resulta asimilable, en línea de principio, sólo en cuanto a estructura y contenidos (vinculando “en cuanto al resultado a obtener, a salvo queda la competencia de las autoridades nacionales respecto a la forma y a los medios”: art. 34, n° 2 letra b), pero no ciertamente en el tipo ni en el grado de imperatividad de la obligación comunitaria: en realidad, las decisiones marco no son ni susceptibles de aplicación directa, ni son “justiciables”, no pareciendo ejercitable, al menos en línea de principio, el procedimiento de infracción que constatando el incumplimiento del Estado (art. 226 ss. TCE)- pueda garantizar una mayor fuerza vinculante⁷.

A pesar de ello, con la sentencia *Pupino*, que se comenta en estas notas, la diferencia entre las diversas tipologías normativas se reduce, y el instrumento jurídico de la decisión marco recibe una sensible potenciación, si no una auténtica *upgradation*, en un contexto de progresiva “comunitarización del tercer pilar”. Se señala en efecto -ésta es la *ratio decidendi*- la inmediata vinculación a nivel hermenéutico, afirmando que “el órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la decisión marco”⁸. Y ello, en particular, argumentando mediante la posibilidad -reconocida en el sentido del art. 35, párrafos 2 y 3 TUE- de que a las decisiones-marco les sea extendida la competencia por parte del Tribunal de Justicia para intervenir en sede de reenvío prejudicial (aunque sea a condición de una expresa aceptación por parte del concreto Estado miembro): una interpretación que vería frustrado su “*effet utile*” si después los particulares no pudieran hacer valer las decisiones marco con el fin de obtener una interpretación conforme del derecho nacional⁹.

En otros términos, se afirma entonces también en este ámbito un criterio de solución de los conflictos típico de la relación entre medidas nacionales y directivas, esto es el de la “interpretación conforme”, asegurando así la prevalencia de la norma de la Unión, en cuanto no transpuesta; un criterio ya consolidado en lo que atañe a la normativa comunitaria¹⁰ (y válido también con referencia a la materia penal, salvo los peculiares límites relativos a ella, de los que se hablará), y que es reafirmado incluso en

e a., en *Cassazione Penale* (en adelante Cass. Pen.), 2005, 2764 ss. Con comentario de INSOLERA-MANES, *La sentenza della Corte di giustizia sul “falso in bilancio”: un epilogo deludente?*)

⁷ Al respecto, cfr. BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, cit., 430 s., quien considera admisible un procedimiento de infracción contra el Estado por la violación de obligaciones derivadas de la decisión marco, limitadamente a la materia de la criminalidad organizada (reconociendo como fundamento normativo, en particular, el art. 61 párrafo 1, lett. a), TCE); desde una perspectiva semejante véase, además, MILITELLO, *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, en AA.VV., *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, a cargo de Militello-Arnold-Paoli, Milano, 2000, 41, señalando como la falta de adecuación a una decisión marco en tal materia podría comportar la violación de las obligaciones de fidelidad comunitaria *ex art. 10 TCE*, y reclamar, por tanto, la intervención del Tribunal de Justicia.

⁸ N. de la T.: Tomado del texto oficial de la versión española.

⁹ Cfr., en este sentido, el punto 38. Al respecto, por otro lado se recuerda que la República Italiana ha aceptado expresamente la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia sobre las decisiones marco en el acto de la firma del Tratado de Ámsterdam, como se requiere en el sentido del art. 35 párrafos 2 y 3 TUE.

¹⁰ En este sentido, cfr. ya TJCE, 10 abril 1984, *Von Colson*, C-14/83, § 26.

relación a actos no vinculantes (con referencia, en particular, a las recomendaciones)¹¹, pero nunca afirmado, precisamente, en el ámbito del llamado tercer pilar¹².

A la luz de un principio semejante, si se recuerda la utilización ya indicada –cada vez más frecuente y significativa– de las decisiones-marco como instrumentos para promover “la progresiva adopción de medidas para la fijación de normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las sanciones, en lo que atañe a la criminalidad organizada, el terrorismo y el tráfico de estupefacientes” (art. 31, lett. e), TUE), aparece inmediatamente claro cuán llena de consecuencias puede estar la resolución objeto de comentario sobre todo lo directamente concerniente a la materia del derecho penal sustantivo¹³.

Al respecto, por otra parte, son diversas y decididamente divergentes las direcciones en las que pueden orientarse las potencialidades hermenéuticas parcialmente abiertas por la resolución, y /o las posibles conclusiones interpretativas:¹⁴ ante todo, puede tratarse de un auxilio hermenéutico que desarrolla un dato del tipo (interpretación *secundum legem*) o bien que lo integra (al tipo) (interpretación *praeter legem*); en segundo lugar, y sobre todo, los efectos pueden ser favorables o bien desfavorables para el reo.

Sobre la cuestión, la sentencia se limita a establecer dos criterios límite a los cuales debe siempre quedar sujeta la operación interpretativa: por un lado, el límite general de orden lógico-formal, consistente en la prohibición de fomentar una interpretación *contra legem* del derecho nacional; por otro, el límite específico, de carácter axiológico, constituido por los precisos vínculos subsistentes *in subiecta materia*. Bajo este último aspecto, el mismo Tribunal –remarcando las peculiaridades del sector también en relación al diverso ámbito del derecho procesal¹⁵– se apresura a precisar que la obligación de interpretar conforme “encuentra sus límites en los principios generales

¹¹ Pese a que se ha señalado que las *recomendaciones* representan actos no vinculantes, el Tribunal de Justicia, con la decisión TJCE 13 diciembre 1989, *Grimaldi*, C-322/88 sin embargo ha afirmado su fuerza vinculante a nivel hermenéutico, precisando, en particular, que “los jueces nacionales están llamados a tomarlas en consideración para resolver las controversias sometidas a su juicio, en particular cuando las recomendaciones mismas son de ayuda en la interpretación de normas nacionales adoptadas con el fin de garantizar la actuación, o se dirigen a completar normas comunitarias de naturaleza vinculante”.

¹² En la doctrina, para una posición a favor de reconocer a las decisiones-marco, incluso en ausencia de una adecuación de la legislación interna, el valor de *criterio interpretativo* para el juez nacional, cfr. CONDINANZI, *sub art. 34 TUE*, en TIZZANO (dirigido por), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, 138 ss.

¹³ Respecto de lo que afecta más directamente a la influencia en la materia del derecho procesal, se remite a las argumentadas observaciones de APRILE.

¹⁴ Sobre esa cuestión, cfr. también VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, cit., 1437 ss., quien señala, por otra parte, como la obligación de interpretación conforme, con los mismos criterios que ya se consideran en relación con las directivas, también para las decisiones marco, “valdrá también después de su transposición por parte del legislador nacional, también la propia ley de ejecución deberá ser interpretada por el juez interno a la luz de la letra y de la *ratio* de la decisión marco”.

¹⁵ En particular, en el punto 46 parece surgir una distinción que admitiría una interpretación conforme con efectos desfavorables para el imputado sólo respecto a las instituciones de derecho procesal, como precisamente en el caso concreto atinente a la admisibilidad de pruebas no específicamente admitidas por la norma nacional con efectos *contra reum*, dado que los mismos “(...) no se refieren al alcance de la responsabilidad penal del interesado, sino al desarrollo del procedimiento y a las formas de practicar la prueba”. N. de la T.: la cita literal entre comillas está tomada del texto oficial de la sentencia en la versión española.

del derecho, y en particular en aquellos de certeza del derecho y de no retroactividad”, aclarando, más específicamente, que tales principios “se oponen a que la obligación mencionada pueda conducir a determinar o a agravar, sobre el fundamento de una decisión marco e independientemente de una ley adoptada para la ejecución de esta última, la responsabilidad penal de aquellos que actúan con violación de sus disposiciones”.¹⁶

2. LA INTERPRETACIÓN “COMUNITARIAMENTE ORIENTADA” CON EFECTOS IN BONAM PARTEM: EN MATERIA DE COMISO EX ART. 12 SEXIES D. L. N° 306/1992

Procediendo por partes, y focalizando la atención sobre posibles tipos concretos, se puede en primer lugar plantear una posible utilización hermenéutica *in bonam partem* de una decisión marco, de manera idónea para fomentar una interpretación comunitariamente orientada (*secundum o praeter legem*) con efectos limitativos del ámbito de relevancia penal, y, por tanto, favorables, al reo.

Un ejemplo, en un sector neurálgico, puede ser traído con referencia al atormentado tipo del art. 12 *sexies* d. l. n° 306/1992 (convertido en la l. n°. 356/1992).¹⁷ Como es sabido, esta particular hipótesis de comiso – ya desde su origen lejana del contenido propio de las medidas de seguridad patrimoniales- ha estado siempre más cercana a las medidas de prevención, teniendo la precedente condena (por uno de los delitos “mencionados” allí previstos) como mero presupuesto de una medida confiscatoria que puede no afectar (y por regla no afecta) a los bienes que derivan del delito y ni siquiera a una suma equivalente (el llamado *tantumdem*), sino *otros y diversos* bienes de los cuales se presume (salvo prueba en contrario) su proveniencia ilícita.¹⁸ Por otra parte, la reciente interpretación jurisprudencial rigurosa ha acentuado las peculiaridades de la hipótesis de comiso en estudio, afirmando –esta es la posición del Tribunal de Casación en las “Sezione Unite”-¹⁹ que para disponer la medida, por un lado, no es preciso verificar la existencia de una relación de pertenencia del bien a decomisar con uno de los delitos indicados en tales disposiciones, o, más genéricamente, con una actividad delictiva de la persona condenada; por otro, que la medida misma no debe afectar exclusivamente a los bienes adquiridos en un determinado periodo de tiempo, próximo

¹⁶ Punto 45, con directo reenvío, entre otros, a la decisión citada de 3 de mayo de 2005, causas reunificadas C-387/02, C-391/02 y C-403/02, Berlusconi y otros, punto 74.

¹⁷ Sobre tal cuestión, recientemente, MAUGERI, *L'irrefrenabile tendenza espansiva della confisca quale strumento di lotta contro la criminalità organizzata*, en BARILLARO (dirigido por), *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, Milano, 2004, 97 ss.

¹⁸ Sobre la difícil colocación sistemática del 12 *sexies*, por todos, FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Padova, 1997, 63 ss.; para un posicionamiento diverso y tendente a valorar la proximidad estructural de las particulares hipótesis del comiso en cuestión respecto a las medidas de seguridad, más bien que a las medidas de prevención, cfr., recientemente, GUERRINI-MAZZA-RIONDATO, *Le misure di prevenzione. Profili sostanziali e processuali*, 2ª ed., Padova, 2004, 185 ss., 229 ss.

¹⁹ N de T. “Sezioni Unite” hace referencia a la sala del Tribunal de Casación Italiano específicamente encargada de adoptar acuerdos o posicionamientos para la unificación de doctrina jurisprudencial sobre cuestiones controvertidas. Similar a los acuerdos no Jurisdiccionales del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

a la comisión del delito.²⁰ En otros términos, y en síntesis, tal decisión ha intentado desvincular el comiso del art. 12 *sexies* de toda verificación en términos de pertenencia y de toda valoración en términos de congruencia cronológica entre delito y objeto de la pretensión confiscatoria, sin que pueda cumplir ninguna función el mismo *criterio lógico* de la *razonabilidad*.

Por tanto, precisamente a tal criterio parece apelar la reciente *Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, 24 de febrero 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito*,²¹ para establecer un límite crítico en la aplicabilidad de la “potestad de decomiso ampliada” (art. 3) prevista con referencia a una persona condenada por delito cometido en el marco de una organización delictiva (como viene definida en la acción común 98/733/JAI), cuando se trata de delitos (regulados en diversas decisiones marco) concernientes a la falsificación de moneda (en relación a la introducción de euro), el blanqueo de capitales, la trata de seres humanos, el favorecimiento de la entrada, el tránsito o la estancia ilegales, la explotación sexual de niños y la pornografía infantil, el tráfico ilícito de estupefacientes, el terrorismo. En efecto, se prevé que cada Estado adopte las medidas necesarias para permitir el decomiso, por un lado, cuando el juez nacional, sobre la base de hechos concretos, esté *plenamente convencido* de que el bien en cuestión *proviene de actividades delictivas* (lett. a) o bien *proviene de actividades delictivas similares* (letra b) “*cometidas durante un periodo anterior a la condena por el delito del párrafo 1 considerado razonable por el juez en las circunstancias del caso concreto*”; por otro lado, y en cuanto a lo que aquí mayormente nos interesa, cuando el juez nacional, en relación a un bien cuyo valor *es desproporcionado con respecto a los ingresos legales de la persona condenada*, esté de todos modos *plenamente convencido* -siempre sobre la base de hechos concretos- *de que el bien en cuestión sea el producto de actividades delictivas de la misma persona condenada* (letra c).²²

Entonces, a la luz de semejantes indicaciones normativas, una interpretación comunitariamente orientada del art. 12 *sexies*, por un lado, debería sugerir una aplicación restrictiva de la peculiar hipótesis de decomiso circunscrito a una pertenencia cronológica de los bienes objeto de decomiso juzgada *razonable* respecto a la actividad

²⁰ Cass., Sez. un., 17 diciembre 2003, n. 920, en *Guida dir.*, n. 8/2004, 63 ss., con comentario de FORLENZA; en *Il fisco*, n. 12/2004, 1841 ss., con comentario de IZZO.

²¹ En *Guida al Diritto*. n. 3/2005, 3 ss.

²² En particular, el art. 3 de la decisión marco 2005/212/JAI, en el párrafo 2º prevé que: “Cada Estado miembro adopte las medidas necesarias para permitir el comiso en el sentido del presente artículo al menos: a) cuando un juez nacional, sobre la base de hechos concretos, esté plenamente convencido de que el bien en cuestión es el producto de actividades delictivas de la persona condenada, cometidas durante un periodo anterior a la condena por el delito del párrafo 1 considerado razonable por el juez en las circunstancias del caso concreto; o bien b) cuando un juez nacional, sobre la base de hechos concretos, esté plenamente convencido de que el bien en cuestión es el producto de análogas actividades delictivas de la persona condenada, cometidas durante un periodo anterior a la condena por el delito del párrafo 1 considerado razonable por el juez en las circunstancias del tipo; o bien c) cuando se establece que el valor del bien es desproporcionado a los ingresos legítimos de la persona condenada y un juez nacional, sobre la base de hechos concretos, esté plenamente convencido de que el bien en cuestión es el producto de actividades delictivas de la misma persona condenada” (así, en la traducción que parece más acorde con el texto francés; la traducción oficial en lengua italiana concuerda, en modo poco plausible, el adjetivo “razonable” al sustantivo “condena”, y no al sustantivo “periodo”, si bien sólo esta segunda opción confiere a la fórmula un contenido significativo y “lógico”).

criminal presupuesto de la misma medida (pareciendo tal límite operar, más en general, para toda medida confiscatoria); por otro, debería siempre subordinarse la aplicabilidad de la medida a un *convencimiento pleno* (“más allá de cualquier duda razonable”) *acerca de la derivación en todo caso ilícita* de los bienes de valor desproporcionado respecto a los ingresos legalmente obtenidos.

3. LA INTERPRETACIÓN “COMUNITARIAMENTE ORIENTADA” CON EFECTOS *IN MALAM PARTEM*

Respecto a esta primera hipótesis, es sin embargo posible plantearse también una utilización hermenéutica del todo diversa, y opuesta, de la normativa comunitaria plasmada en una decisión marco, como es la de mostrar efectos desfavorables para el imputado porque extienden el ámbito de lo penalmente relevante, o en cualquier caso consisten en una interpretación *in malam partem* de tipo penal del derecho interno objeto también de regulación comunitaria.

3.1 Las hipótesis de interpretación incluyente de hipótesis no contempladas en el tipo penal del derecho interno: en materia de “comiso por equivalencia” y blanqueo

Los ejemplos, en un contexto donde el esfuerzo de armonización a nivel comunitario se traducen a menudo en la individualización del “múltiple común” –más que en el “común denominador”- entre los varios tipos penales ofrecidos por los ordenamientos en particular, podrían evidentemente multiplicarse²³.

Quedándonos en el tema de las medidas de índole patrimonial, se puede pensar ante todo en el tema de la «confiscación del valor» (*value confiscation*), partiendo del presupuesto de que a tal medida confiscatoria -como el propio Tribunal de Casación ha reconocido- tiene reconocido sin duda un carácter preminentemente “sancionatorio”.²⁴

Como es sabido, esa clase de confiscación se ha convertido en un instrumento absolutamente privilegiado en la estrategia de intervención centrada sobre la dimensión económica de las actividades delictivas, especialmente referidas al contexto de la criminalidad de empresa y del crimen organizado (junto a la mencionada hipótesis

²³ N. de la T.: En el Derecho interno español se ha llevado a cabo una reciente modificación de la regulación legal del comiso para adaptarlo a las exigencias derivadas de los compromisos internacionales. Ello ha tenido lugar en la L. O. 15/2003, de 25 de noviembre. El sentido de esa regulación es, como se señala en la Exposición de Motivos es el de modificar “el ámbito y alcance del comiso, con el fin de evitar que la comisión del delito pueda producir el más mínimo enriquecimiento para sus autores y partícipes, así como mejorar la represión de los delitos, en especial de narcotráfico y blanqueo de dinero. Para ello se extiende el comiso a los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado el delito así como a las ganancias provenientes del mismo, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar, incluso si se hubieran transmitido a un tercero, salvo que éste los hubiera recibido legalmente de buena fe. También se incorpora el comiso de bienes por valor equivalente, así como se prevé la posibilidad de acordarlo por el tribunal, incluso cuando no se imponga pena a alguno de los imputados por estar exento de responsabilidad criminal”. Para ello se ha modificado la redacción de los artículos 127 (comiso), 374 (comiso en los delitos de tráfico de drogas) y 301 (blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico).

²⁴ Así, p. ejem., Cass. 16 enero 2004, Napolitano.

especial del art. 12 *sexies*).²⁵ Quedándonos en el ordenamiento interno, donde el modelo “prototípico” de la confiscación de los beneficios (art. 240 CP italiano) está sin duda en decadencia, y donde también su “mutación evolutiva” –la confiscación de los “bienes que constituyen la aplicación” de los beneficios ilícitos: art. 416 *bis* párrafo 7º; art. 270 bis párrafo 4º del CP italiano- parece ya en recesión (resultando incapaz de asegurar significativas simplificaciones probatorias), se registran numerosos ejemplos en los cuales el legislador ha seguido el modelo decididamente más actualizado e incisivo de la «confiscación por equivalencia»: desde la usura (art. 644, párrafo 6º CP Italiano), a los delitos contra la Administración Pública (art. 322 *ter* CP italiano), a la estafa agravada (art. 640 *quater*, CP italiano, y a salvo de los problemas de coordinación de los que se hablará), los delitos societarios (art. 2641, párrafo 2º, C. C.), a la responsabilidad administrativa del ente por los delitos cometidos en su interés o provecho (art. 19 párrafo 2º d. legs. nº 321/2001), a los tipos de “abuso de información privilegiada” y de “manipulaciones del mercado” (respectivamente, art. 184 y 185 del d. lgs. nº 58/1998, en relación a los cuales la peculiar hipótesis de confiscación está prevista en el art. 187 párrafo 2º del mismo decreto legislativo, modificado por la ley nº 62/2005 en ejecución de la directiva 2003/6/CE en materia de *market abuse*), hasta los delitos contra la personalidad individual previstos en la Sección I, Capítulo III, Título XII del CP italiano (art. 600- *septies*).

No obstante la creciente utilización de las diversas y más modernas variantes del modelo originario por parte del legislador italiano, en algunos específicos casos la tipología de confiscación aplicable según la disciplina interna es todavía la originariamente regulada en el código penal (art. 240 c. p.): un ejemplo de ello puede ser el delito de blanqueo de capitales (art. 648 *bis* CP italiano), susceptible de suscitar la medida del 12 *sexies*, pero no de hacer aplicable la “confiscación por equivalencia”, no prevista (exceptuados los casos de medida requerida desde el extranjero, regulados por el art. 735-bis c.p.p.²⁶, introducido por la ley nº 328/1993, de ratificación del Convenio del Consejo de Europa de 1990 en materia de blanqueo de capitales y decomiso).

Después de lo anterior, precisamente con relación al tema de la confiscación por equivalencia, en diversas hipótesis una interpretación comunitariamente orientada podría –en abstracto- perfilar una verdadera y precisa (interpretación analógica con) interpolación adicional de un tipo penal no considerado en el texto de la ley.

En efecto, y sólo a título de ejemplo, -una indicación hecha ya desde hace tiempo en sede comunitaria²⁷- reclama por parte de los países miembros la introducción de la

²⁵ Sobre las razones de esta evolución, también desde una perspectiva comparada, cfr. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, cit., 119 ss., 207 ss.

²⁶ N. de la T.: abreviatura de Codice di Procedura penale, en adelante c.p.p., equivalente a la Ley de Enjuiciamiento criminal.

²⁷ Más allá del Convenio de Estrasburgo, cuya ratificación (por obra de la l. n. 328/1993) ha comportado precisamente –como se ha señalado- la modificación del art. 735-bis del c.p.p. (Confiscación consistente en la imposición del pago de una suma de dinero), concerniente a los requerimientos de confiscación procedentes del extranjero, la introducción generalizada de una *value confiscation* en materia de blanqueo era posteriormente solicitada por el Segundo Protocolo del Convenio relativo a la tutela de los intereses financieros de las Comunidades europeas (el así llamado convenio PIF, de 26 de julio de 1995), firmado el 19 de julio de 1996, pero no ratificado por Italia, cuyo art. 5 establecía que “Cada Estado miembro adoptará las medidas que le permitan el

value confiscation para el delito de blanqueo de capitales; y justamente esta obligación constituye uno de los puntos sobresalientes de la *Decisión Marco del Consejo 2001/500/JAI, de 26 de junio 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, el seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito*, que prevé – en la línea de lo fijado ya en la *Acción Común del 3 de diciembre de 1998* (art. 1 párrafo 2º)- la obligación para todo Estado miembro de adoptar “las medidas necesarias con el objeto de que su legislación y sus procedimientos sobre decomiso del producto del delito le permitan también, al menos en los casos en los que esos productos no pueden ser aprehendidos, decomisar bienes cuyo valor corresponda al de los mencionados productos, tanto en los procedimientos nacionales como en aquellos otros incoados a petición de otro Estado miembro, incluidas las solicitudes para la ejecución de órdenes de decomiso procedentes del extranjero”²⁸.

Más en general, por otra parte, una disposición análoga está prevista en la ya citada *Decisión Marco del Consejo de 24 de febrero de 2005 (2005/212/JAI) relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito*, donde la obligación de introducir el decomiso de bienes por valor equivalente viene requerida para todos los “delitos punibles con una pena privativa de libertad superior a un año”.²⁹

Por tanto, si se coincide en la apreciación de una asimetría entre la normativa europea y la normativa nacional en los ejemplos acabados de proponer,³⁰ ante una propuesta interpretativa que aceptase interpolar en el contexto del tipo penal en particular, o incluso en el del art. 240 CP italiano, una disposición adictiva que haga posible someter no sólo el precio, producto o el beneficio del delito sino también “bienes u otras utilidades de valor equivalente a los mismos”, hay que dar una respuesta radicalmente negativa: como es reafirmado por la misma decisión *Pupino*, un principio de derecho

secuestro, y a salvo los derechos de terceros de buena fe, la confiscación o la privación de los instrumentos o beneficios del fraude, de la corrupción activa o pasiva y del blanqueo de dinero o *de propiedades por el valor correspondiente a tales beneficios* (...).”

²⁸ Por otra parte, e incidentalmente, en relación con el delito de blanqueo no parece posible considerar que la obligación comunitaria de introducción de una principal “pena sustitutiva por el valor de causa” sea satisfecha, en el conjunto normativo italiano, por el art. 12 *sexies* del d. l. 306/1992 (que precisamente se aplica tanto en los supuestos del art. 648 bis como en el del art. 648 *ter* CP italiano), pese a la radical diferencia estructural entre las dos tipologías, por otra parte subrayada también recientemente por el Tribunal de Casación (Sez. Un. 17 diciembre 2003, n. 920, cit.). En realidad, en el art. 12 *sexies*, la medida confiscatoria, por un lado no presupone ningún nexo de “pertenencia” con el delito de base y puede incluso exceder del límite del *tantumdem* (esto es el límite del valor de los productos del delito no aprehendidos), por otro, la medida queda excluida –también en aquello que concierne “al valor de los beneficios”- si el sujeto ofrece la prueba del origen lícito de los propios bienes.

²⁹ El art. 2, párrafo 1º, de la decisión marco 2005/212/JAI establece más expresamente que: “Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para poder proceder al decomiso, total o parcial, de los instrumentos y productos de infracciones penales que lleven aparejadas penas privativas de libertad de duración superior a un año, o de bienes cuyo valor corresponda a tales productos”.

³⁰ Por otra parte, con referencia al delito de blanqueo, tal asimetría ha sido expresamente señalada por la misma Comisión: véase, sobre tal punto, el *Report of the Commission based on Article 6 of the Council Framework Decision of 26 June 2001 on money laundering, the identification, tracing, freezing, seizing and confiscation of instrumentalities and the proceeds of crime* [SEC (2004) 383], en el cual -dando cuenta de cómo otros Estados han cumplido la obligación de introducir la *value confiscation*- se señala como en relación con Italia tal medida está prevista sólo en relación a otros delitos, pese a existir proyectos normativos dirigidos a extender su ámbito aplicativo (p. 16). Al respecto, señalando tal laguna del instrumental represivo italiano en materia de blanqueo en relación con las obligaciones comunitarias, cfr. MANES, voce *Riciclaggio e reimpiego di capitali illeciti*, § 2, en CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006 (en prensa).

consolidado e infranqueable –ya en relación a la normativa comunitaria del “primer pilar” y dotada de “efectos directos”- no admite una interpretación comunitariamente orientada capaz de comportar –*praeter legem*- efectos constitutivos o agravadores de la responsabilidad penal de aquellos que actúen con violación de esas disposiciones; y el mismo principio debe entonces valer –*a fortiori*- en la relación con un acto, como la decisión marco (que por otro lado, es de por sí incapaz, por expresa disposición legal, de producir ningún “efecto directo”).

3.2. Las hipótesis en los confines entre la analogía y la interpretación extensiva: en materia de “comiso por equivalencia” y estafa

Además de estos casos más evidentes, pueden existir, todavía, casos más difuminados, donde una interpolación adictiva en el tipo penal interno puede esconderse entre los pliegues de la distinción –nunca definitivamente aclarada y demostrada en su fundamento epistemológico- entre *aplicación analógica* e *interpretación extensiva*,³¹ ambas, obviamente fomentadas por una exégesis “comunitariamente orientada”, que pretenda optimizar lo máximo posible la *ratio legis*.

Se piensa, por ejemplo, en el ya señalado reenvío que el art. 640 *quater* efectúa en relación al art. 322 *ter* CP italiano, donde todavía el párrafo 1º circunscribe la aplicabilidad de la “confiscación por valor” (o “por equivalencia”) al “precio”, y no al “beneficio” del delito (como en cambio sería lógico tener en cuenta ante la fenomenología de la estafa, típicamente lucrativa –por así decir- en la fase del *output*); con un problema de coordinación que ha alimentado orientaciones jurisprudenciales contradictorias entre sí culminadas en una intervención de las “Sezione Unite”³². La valoración de la *ratio legis*, en el caso propuesto, ha sugerido considerar el reenvío extendido también al “provecho”, porque, de lo contrario, la misma *ratio* se habría frustrada irremediablemente; y un razonamiento semejante parecía avalado –como sugería el propio recurso por el que la cuestión se remite a las “Sezione Unite”- por la posible referencia a la ya citada *Decisión marco 2005/212/JAI*, que como se ha señalado introduce, en el art. 2, en términos generales la confiscación por equivalencia indistintamente para todo aquello que entra dentro del concepto de “producto” del delito, y, entonces, también del “beneficio” (atendiendo a la amplia definición que de “crime proceed” ofrece el art. 1).³³

³¹ No obstante la mayor parte de la doctrina penalista se esfuerza en distinguir el razonamiento analógico de la interpretación extensiva, para reconocer espacio sólo a ésta última en materia penal (por todos, cfr. VASSALLI, voce *Analogia nel diritto penale*, en *Digesto delle discipline penalistiche* (en adelante *Digesto/pen.*), vol. I, Torino, 1987, 158 ss., 159 ss.), sobre la incerteza que todavía oscurece los confines entre las dos metodologías argumentativas, especialmente “en los casos difíciles”, cfr., p. e., DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, 152 ss.; además, D'AGUANNO, voz *Legge penale (intepretazione della)*, en *Digesto/pen, Aggiornamento*, Torino 2004, 530 ss., 545 ss.; PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2005, 166 ss.

³² Cass., Sez. Un. penali, 25 octubre-22 noviembre 2005, Muci, en *Guida dir.*, n. 47/2005, 52 ss., que resolviendo la contradicción interpretativa ocurrida entre Cass., Sez. I, 28 mayo 2003, Silletti, e Cass., Sez. I, 12 enero 2005, Cacciavillani, ha recibido la segunda orientación, afirmando la aplicabilidad de la confiscación por equivalencia también en relación al beneficio en las hipótesis de estafa remitidas por el art. 640 *quater* del CP italiano (que reenvía 322 *ter* c.p. italiano).

³³ En el recurso por el que se remite la cuestión a las “Sezione Unite”, depositada el 21 de junio de 2005, la Sez. II, argumentando sobre la base de los arts. 1 y 2 de la Decisión 2005/212/JAI, concluía realmente afirmando

Dejando el diverso y más articulado desarrollo argumentativo seguido, al fin, por las “Sezione Unite”, y concentrando la atención sobre la hipótesis reconstructiva “comunitariamente orientada” propuesta en el recurso de remisión; el mismo parece fundarse sobre un razonamiento en los confines entre interpretación extensiva y analogía (y quizá más próximo a este último método, especialmente en la presencia de aquello que a los más les parece una “laguna normativa” abierta por un reenvío taxativo del legislador);³⁴ y representa sólo un ejemplo de los muchos posibles *hard cases* que se pueden mostrar a la luz de las diversas y plurívocas interferencias entre norma interna y la creciente producción comunitaria plasmada en decisiones marco.

Precisamente casos similares exigen entonces, respecto de lo que más nos interesa, la necesidad de encontrar con esfuerzo un criterio fiable para establecer, caso por caso, las legítimas fronteras de la “interpretación conforme”.

Respecto a lo anterior, a nuestro parecer, dado que en ambos “métodos interpretativos” el proceso lógico parece caracterizado por diferencias a menudo muy difuminadas, parece pues poco provechoso, o incluso arriesgado, dejar los límites de la admisibilidad de la interpretación comunitariamente conforme sobre tal distinción.³⁵

Más bien, el criterio *lógico* de diferenciación deberá dejar paso a un criterio pragmático y “orientado a las consecuencias”, no exento de sustancia valorativa para que dirigido a proyectar el conflicto entre norma comunitaria y norma interna directamente en el terreno de la titularidad (luego, de la legitimidad) del *ius puniendi*.³⁶ en cualquier hipótesis en la cual el proceso argumentativo –aunque cubierto por un manto de argumentos exegéticos, históricos, lógicos, teleológicos, sistemáticos, etc.- aparezca en realidad centrado sobre la interpretación comunitariamente conforme, y tal “heterointegración” se traduzca en la extensión del área de lo penalmente relevante, y/o en la agravación de la responsabilidad del individuo o de las consecuencias sancionatorias, ésto no podrá ser admitido, porque tal conclusión se opondría –aquí como en lo antes dicho- a la garantía inherente a la prioritaria dimensión estatal de la reserva de ley en materia penal. Un criterio resolutorio semejante, más allá de la sentencia objeto de

que “una lectura de la normativa nacional existente (los arts. 640 *quater* e 322 *ter* c. p. italiano) orientada en el sentido comunitario, entonces, induciría a adherirse a la tesis según la cual la confiscación por equivalencia debe ser posible también allí donde afecte al beneficio o el provecho del delito”.

³⁴ Laguna subrayada con vigor también por el Tribunal de Casación Sez. II, 15 febrero 2005, Napoliano, que concluía en efecto siguiendo la orientación abierta por la citada Cass. Sez. I 28 mayo 2003. Silletti, resaltando como una conclusión distinta se habría fundado sobre una inadmisibile aplicación analógica de la norma penal.

³⁵ Así, en cambio, concluye VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, cit., 1438 s., admitiendo sólo la posibilidad de una *interpretación extensiva* (y no *analógica*) comunitariamente conforme; sobre tal cuestión, cfr. también VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, en *Digesto/pen.*, VIII, Torino, 1994, 317, para quien si la divergencia entre la norma comunitaria y la norma interna se puede resolver con una interpretación extensiva, ello no supondría ningún problema de violación del principio de legalidad (en el caso contrario, sería necesaria una intervención expresa del legislador nacional).

³⁶ Por otra parte, que las categorías y las distinciones tradicionales –o aquellas validas en el concreto ordenamiento– no puedan, *sic et simpliciter*, ser consideradas aplicables, es demostrado por el hecho de que la cuestión objeto de causa atañe a la aplicabilidad analógica de una norma que, en materia procesal resulta excepcional respecto a la disciplina ordinaria (aplicabilidad que debería por tanto ser excluida de raíz en el sentido del art. 14 del Código Civil italiano. N. de la T.: donde se contiene un principio general del Derecho aplicable a todo el ordenamiento jurídico): sobre la cuestión, cfr., en sede de comentario a la sentencia Pupino FRIGO, *Solo un intervento del legislatore è idoneo a colmare la lacuna*, en *Guida dir.*, n. 26/2005, 74 ss., 76, con posteriores referencias.

comentario, ha sido por otra parte reafirmado más veces por el Tribunal de Justicia, también recientemente, cuando con referencia principal a una directiva, se ha afirmado que también en relación al procedimiento interpretativo –cualquiera que sea el criterio hermenéutico seguido- constituye el límite infranqueable y de obligado reconocimiento “en el caso de que semejante interpretación tenga el efecto de determinar o de agravar, sobre la base de la directiva e independientemente de una ley adoptada para su ejecución, la responsabilidad penal de aquellos que actúan violando sus disposiciones”.³⁷ Por otra parte, si es incontestable que la prohibición de analogía, en sus articulaciones, atañe a un conflicto entre poderes del Estado –un conflicto, en particular, entre el legislador y el poder judicial- es a esta dimensión originaria a la que debe quedar circunscrito ese límite, sin que se transforme en un atajo (si no en un verdadero *escamotage*) a través del cual filtrar y dirimir, en realidad, el conflicto entre los diversos niveles del poder legislativo (nacional y supranacional). Y en esta perspectiva más auténtica, va de nuevo subrayado que la determinación de tipos penales nacionales al mismo tiempo define un “espacio penal libre” que no puede ser “ocupado”³⁸ *sine lege*.

El pragmatismo que, una vez más, guía las decisiones de los jueces de Luxemburgo parece, entonces, dejar poco espacio a distinciones fundadas sobre categorizaciones criteriológicas de signo lógico-formal, porque el *topos* de la prohibición de fundamentación/agravación de la responsabilidad penal del sujeto tiene más valor que la lógica, al menos cuando las “deducciones” basadas sobre ella generan resultados insatisfactorios para la respuesta a la cuestión central.

En cualquier caso, si se considera poder (y/o si se eligiese querer) encontrar con esfuerzo los confines de legitimidad de la interpretación conforme en el interior de la distinción tradicional, se debería de todas formas confrontar con el ulterior límite de fondo –establecido en aplicación del art. 6, nº 2, TUE y reclamado por la sentencia objeto de comentario- consistente en el respeto no sólo a los “principios fundamentales del Estado miembro interesado” (punto 57), sino también el respeto a los derechos fundamentales garantizados por el Convenio Europeo para la salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales (...) los cuales resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, en cuanto principios generales del derecho” (punto 58). Desde este diferente enfoque, en particular, sería preciso preguntarse, por un lado, si la *prohibición de analogía en materia penal* – a la que nuestro ordenamiento le reconoce valor constitucional- es también reconducible a

³⁷ En estos términos TJCE 22 noviembre 2005, causa C384/02, punto 30 (por otra parte remitiéndose directamente a los precedentes TJCE 8 octubre 1987, causa *Kolpinghuis Nijmegen*, Racc., pag. 3969, punto 13, e TJCE 12 diciembre 1996, causas reunificadas C-74/95 e C-129/95, *Procura di Torino c. X*, Racc. pag. 1-6609, punto 26), que afirma la interpretación restrictiva de una norma de derogación en el ámbito de la aplicación subjetiva de la disciplina del *insider trading* [y el principio es reafirmado como límite último pese a haber afirmado que el carácter penal de procedimiento *a quo* y el principio de legalidad de la pena aplicable en un procedimiento de ese tipo no inciden sobre la interpretación restrictiva que debe ser proporcionada por la norma objeto de reenvío prejudicial (art. 3, letra a) de la directiva 89/592), y que “la interpretación del alcance de una directiva no depende de la naturaleza civil, administrativa o penal del procedimiento en el curso del cual tal interpretación es requerida”: punto 28].

³⁸ En este sentido, cfr. el posicionamiento de SATZGER, *Europäisierung des Strafrechts*, Köln, 2001, 140 ss., aunque con referencia al diverso problema de la legitimación de los Estados miembros para intervenir en la materia de los fraudes en perjuicio de los intereses financieros de la Unión (art. 280 TCE).

las “tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros”, y, a cuál de los “principios generales del derecho comunitario”; por el otro, y sobre todo, si en el mismo, o de cualquier modo en un mismo nivel jerárquico, puede encontrarse también una *prohibición de interpretación extensiva*. A tal fin, y pese a la no fácil tarea de individualizar el vértice garantístico de la “tutela pluridimensional” típica del *multilevel constitutionalism*, si se sigue el criterio del *maximum standard*³⁹ una indicación significativa vendría –de nuevo- del mismo Tribunal de Justicia, que se ha mostrado contrario a la técnica de la interpretación extensiva,⁴⁰ negándole expresamente entrada en todo lo que atañe a materia penal.⁴¹ Y ello –es obligado subrayarlo- a pesar de la indubitada problemática abierta por toda “aposición de términos” en la actividad interpretativa del juez, especialmente a la vista de las adquisiciones consolidadas en la “hermenéutica jurídica”,⁴² auténtica “vanguardia” de un “derecho penal liberal”.⁴³

³⁹ En el prisma de la “tutela multinivel” (véase, por último, SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti. Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2005, 79 ss.), según el criterio del *maximum standard*, a todo principio general y a todo derecho fundamental debería serles asegurado en sede comunitaria el nivel de desarrollo y de protección atribuido al mismo en el interior del sistema constitucional del más garantista de los de los Países miembros. Y este es uno de los dos criterios más seguidos por el Tribunal en la extracción de los principios y derechos fundamentales desde las “tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros”; el otro es el diverso criterio de la así llamada orientación prevalente (la cual se aproxima al criterio de la así llamada *better law*), sobre cuya base tales principios y derechos serían reconocidos a nivel comunitario sobre la base y con los límites de la “tendencia prevalente en los Estados miembros, teniendo en cuenta también las exigencias del sistema comunitario” (cfr., sobre la cuestión, BERNARDI, *Strategie per l’armonizzazione*, cit., 394 s., con referencias posteriores).

⁴⁰ Cfr., al respecto, TJCE, 12 diciembre 1996, causas reunidas C-74/95 y C-129/95, *Procura di Torino c. X*, en la cual se ha afirmado que “el principio que ordena no aplicar la ley de modo extensivo en perjuicio del imputado, que es el corolario del principio de la previsión legal de los delitos y de las penas, y más en general del principio de certeza del derecho, que impide que sean emprendidos procedimientos penales como consecuencia de un comportamiento cuyo carácter censurable *no resulte en modo evidente de la ley*” (el pasaje es citado también por VIGANÒ, *Recenti sviluppi*, cit., 1439, n. 36). Sobre posiciones análogas se sitúa también, por otro lado, la jurisprudencia del TEDH, donde se considera legítima siempre y de todos modos solamente la interpretación restrictiva en materia penal, negando admisibilidad no sólo a formas de interpretación análogas o a formas de interpretación “adictiva”, sino también –al menos en línea de principio- a formas de interpretación extensiva en perjuicio del acusado (sobre la cuestión con posteriores profundizaciones cfr. BERNARDI, *Art. 7 “Nessuna pena senza legge”*, in BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 249 ss., 263 ss., y la jurisprudencia allí citada).

⁴¹ También a la luz de estas indicaciones, se podría de todos modos excepcionar que la cuestión a resolver sea todavía otra, y ésta sea la de establecer una jeraquía (una verdadera y propia *Rangverordnung*) entre los principios: el de prohibición de analogía/interpretación extensiva, y el de la interpretación conforme, sobre la base de una “obligación comunitaria de tutela” (extraída, en el caso particular, de una decisión marco, acto no dotado -lo que se recuerda de nuevo- de efectos directos). En este pasaje decisivo, todavía, resurgiría el orden lógico seguido por la sentencia citada de TJCE 3 mayo 2005, proc. reunidos C-387/02, C-391/02, C-403/02, *Berlusconi e a.* (punto 71), donde el problema de establecer una jerarquización entre los diversos principios (en aquel caso, la aplicabilidad de la *lex mitior* y la primacía del derecho comunitario) ha sido desplazado considerando inútil su resolución en el caso concreto, puesto que, como premisa, una norma comunitaria (se trataba de una directiva) no traspuesta no podía *de ningún modo* crear obligaciones a cargo de una persona. *Mutatis mutandis*, también en relación a la cuestión aquí examinada, el resultado, entonces, debería conducir a la no operatividad del vínculo interpretativo comunitario.

⁴² Baste reenviar, sobre tal cuestión, a las difusas críticas dirigidas a la propuesta de “constitucionalizar” una prohibición expresa de de interpretación extensiva contenida en el art. 129, párrafo 3º, del *Proyecto de revisión constitucional* presentado por la comisión bicameral en el 1997: cfr., p. ej., DONINI, *L’art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Per una progressione “legale”, prima che giurisprudenziale, dei principi di offensività e sussidiarietà*, en *Critica del diritto*, 1998, 95 ss., 121 ss. (ahora también en ID., *Alla ricerca di un disegno*, Padova, 2003, 68 ss.); y, también partiendo de una posición menos radical, FIANDACA, *Intervento*, *ivi*, 140 ss., 148 ss., e ID., *La giustizia penale in bicamerale*, en *Foro it.*, 1997, V, 161 s.

A pesar de ello, y queriendo de todos modos admitir, lo más posible, hipótesis en las cuales la interpretación extensiva sería “razonablemente previsible”, para la inaplicabilidad del subtipo penal resultante al caso concreto propondría también el amparo establecido por la prohibición de retroactividad en materia penal, pacíficamente incluida entre los principios fundamentales del ordenamiento comunitario, y capaz, como tal, de inhibir cualquier extensión *extra legem* del tipo penal incriminador en perjuicio de acusado.⁴⁴

4. LA EFICACIA INTERPRETATIVA DE LAS DECISIONES-MARCO RESPECTO A UN ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO: LOS CONCEPTOS DE “TERRORISMO” Y DE “PORNOGRAFÍA INFANTIL”

Así establecido el espacio de garantías infranqueable por la interpretación conforme de las decisiones marco, le queda por otra parte un amplio margen de operatividad en todas las hipótesis en las que con ese instrumento jurídico se ofrecen contenidos alcanzables en clave de *integración de elementos normativos* reenviados, pero no definidos, por el tipo penal interno. En estos casos, en realidad, el reenvío a la definición indicada por la normativa comunitaria permite seleccionar una entre las distintas opciones interpretativas abiertas por el elemento “en blanco”, resultando así funcional para asegurar al tipo penal un más elevado coeficiente de taxatividad y de determinación.

Un ejemplo idóneo, al respecto, puede ser ofrecido por el concepto de *terrorismo*, concepto como poco polisémico y susceptible de ser caracterizado según los más diversos paradigmas, y pese a ello, asumido como eje en torno al cual giran (directa o indirectamente) muchos tipos penales introducidos, también recientemente, en el ámbito del Título I del Libro II del Código penal italiano. Pues bien, propiamente en este ámbito, para la integración de un elemento normativo de esa clase bien podía utilizarse la definición dada en el art. 1 de la *Decisión Marco del Consejo, 2002/457/JAI, de 13 de junio de 2002 sobre lucha contra el terrorismo*, como también ha sido tempranamente puesto de manifiesto –incluso antes de la decisión que se comenta– por la doctrina y la jurisprudencia encargadas de reconstruir en vía interpretativa los márgenes del contenido del concepto a la luz de las fuentes internacionales, también para contener el riesgo de recurrir a nociones de signo sociológico (o incluso de sentido común) de dudosa compatibilidad con las exigencias de taxatividad y determinación de la norma penal.⁴⁵

⁴³ Así, situando la hermenéutica jurídica (“juristische Ermeneutik”) en el primer lugar entre las instituciones de un derecho penal liberal, HASSEMER, *Freiheitliches Strafrecht*, Berlin, 2001, 15 ss.

⁴⁴ En esta perspectiva, cfr. el reenvío de BERNARDI, *Art. 7 “Nessuna pena senza legge”*, cit., 267, al art. 7, 1º párrafo del Convenio Europeo de Derechos Humanos como límite infranqueable de cualquier forma de interpretación extensiva incluso la “razonablemente previsible” en materia penal.

⁴⁵ Sobre ello, con profundidad, VALSECCHI, *Il problema della definizione di terrorismo*, en RIDPP, 2004, 1127 ss., y, con principal referencia (también) a la definición ofrecida por la Decisión marco 2002/457/JAI, y al alcance de su fuerza vinculante, pp. 1145 ss. (e pp. 1333 ss.); por otro lado, ID., *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale. Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, en *Dritto Penale e Processo*, 2005, 1222 ss., 1224 ss. (mencionando expresamente la obligación de interpretación conforme exigida por la sentencia

Por otro lado, una hipótesis reconstructiva de ese tipo conserva todo su valor ejemplificativo si bien la sucesiva intervención del legislador italiano, que –por la vía de la “interpretación auténtica”- ha elegido dirimir la *querelle* hermenéutica ofreciendo una norma definitoria *ad hoc*, el art. 270-*sexies* del CP italiano: norma que por otra parte, por un lado, resulta una reproducción –al menos en línea de máxima- de directrices derivadas de la normativa comunitaria e internacional; y que, por otro, queda abierta a posteriores heterointegraciones intercambiables “desde convenios u otras normas de derecho internacional vinculantes para Italia”.⁴⁶

Bajo este último perfil, por otra parte, apenas es necesario subrayar que la eficacia vinculante a nivel interpretativo –a pesar de los límites señalados- puede bien convivir con una expresa norma definitoria adoptada en el plano interno, integrando la extensión y el alcance también en ausencia de un reenvío expreso: baste pensar en la noción de “datos informáticos”, ofrecida por el art. 1 letra b) de la *Decisión marco del Consejo, 2005/222/JAI, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra sistemas de información*, y potencialmente útil para ulteriores aclaraciones ya sea el ámbito aplicativo del tipo de fraude informático (art. 640 *ter* CP italiano), o sea, más en general, el mismo concepto de “documento informático”, que pese a ser expresamente definido en el sentido del art. 491 *bis* CP italiano no por ello no ha dejado de suscitar dudas interpretativas.⁴⁷

Todavía desde el punto de vista de la integración instrumentalizada a través de elementos normativos, un ejemplo posterior puede ser mostrado –como ha sido sugerido por la doctrina⁴⁸- con referencia a la definición del concepto de pornografía infantil, utilizado pero no aclarado por los arts. 600-*ter* y siguientes del CP italiano, y alcanzable por el art. 1 letra b) de la *Decisión marco 2004/68/JAI de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra el abuso sexual de menores y la pornografía infantil*.

Este último ejemplo ofrece, además, la ocasión propicia para posteriores precisiones.

Pupino); en la jurisprudencia, cfr. también la rica reconstrucción argumentativa ofrecida, a la luz de las diversas fuentes internacionales, por la “Corte d’Assise” di Milano, 9 mayo 2005, Pres. Cerqua, en RIDPP, 2005 (con comentario de PALAVERA), pp. 820 ss., 823 ss., en especial replicando a la cuestión de legitimidad del art. 270-*bis* (por presunto defecto de taxatividad-determinación) elevada por las defensas (pero juzgada por el Tribunal como manifiestamente infundada), y subrayando expresamente el “particular significado para el juez italiano” asumido –junto a varios Convenios internacionales- por la decisión marco 2002/475/JAI, también a la luz del principio afirmado en la sentencia *Pupino*, expresamente mencionado.

N. de la T.: “Corte d’Assise” es un tribunal competente sobre algunos de los delitos más graves que actúa asistido por jurado popular.

⁴⁶ El art. 270-*sexies* c.p. italiano (conductas con finalidad terrorista), introducido con el art. 15 d. l. 27 luglio 2005, n. 144, convertido con modificaciones por la l. 31 julio 2005, n. 155, establece ahora que “Son consideradas con finalidad terrorista las conductas que, por su naturaleza o contexto, pueden ocasionar grave daño a un País o a una organización internacional y son realizadas con el fin de intimidar a la población o constreñir a los poderes públicos o a una organización internacional a cumplir o a abstenerse de cumplir cualquier acto desestabilizar o destruir las estructuras políticas fundamentales, constitucionales, económicas y sociales de un País o de una organización internacional, y también las otras conductas definidas como terroristas o cometidas con finalidad de terrorismo por convenios u otras normas de derecho internacional vinculantes para Italia” (para un comentario analítico cfr. VALSECCHI, *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*, cit., 1222 ss.)

⁴⁷ Véase, p. ej., Cass., sez. V, 14 diciembre 2005, n. 45313.

⁴⁸ El ejemplo es ofrecido por VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, cit., 1439, n. 35.

En efecto, también con respecto a la utilización de la normativa supranacional en clave de integración de elementos normativos, es preciso a nuestro parecer circunscribir la posible utilización de la norma definitoria comunitaria excluyendo conclusiones interpretativas que se traduzcan –subrepticamente– en una interpretación *in malam partem* del tipo penal interno, en particular respecto a subtipos penales no considerados por la misma.

Desde esta perspectiva, precisamente con referencia al concepto de pornografía infantil, si bien el art. 1 letra *b*) de la decisión citada considera “pornografía infantil” la reproducción o la representación visual sea de “un niño *real* implicado o inserto en una conducta sexualmente explícita (entre las que está la exhibición lasciva de los genitales y del área púbica)”, sea de “una persona real que *parece* ser un niño implicada o inserta en la misma conducta (...)”, sea de “imágenes con apariencia de realidad de un niño *inexistente* implicado o inserto en la conducta mencionada”, parece evidente como las dos últimas hipótesis (del menor *aparente* y del menor *imaginario*) no están contempladas en el concepto de “menor” empleado por el legislador italiano en los mencionados tipos penales italianos de los arts. 600-ter ss. CP ni podrían ser reconducidas más que al precio de una indebida interpretación analógica o de una igualmente inadmisibles interpretación extensiva.⁴⁹

También en tales casos, en definitiva, quedaba el filtro fundamental constituido por la reserva de ley *estatal* en materia penal (art. 25 párrafo 2º de la Constitución Italiana)⁵⁰, en tanto que el legislador italiano ha debido intervenir con una ley de reforma específicamente orientada -entre otras cosas- para corregir la asimetría con la disciplina comunitaria (la Ley 6 de febrero 2006, nº 38).

5. LA VIOLACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE INTERPRETACIÓN CONFORME O, VICEVERSA, SUS LÍMITES: POSIBLES CONSECUENCIAS

Sin ninguna pretensión de exhaustividad, pueden sintéticamente describirse ulteriores perfiles problemáticos relativos a la reconocida incidencia hermenéutica de las decisiones marco.

En primer lugar, aquí se puede preguntar que tipo de fuerza vinculante puede tener una decisión marco sobre la cual todavía no ha transcurrido el plazo de transposición impuesto a los concretos Estados: al respecto, puesto que el vínculo de interpretación conforme a la indicación comunitaria se nos muestra como una de las muchas proyec-

⁴⁹ N. de la T.: También en esta materia la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre ha modificado la regulación de las figuras delictivas relacionadas con la pornografía infantil para incluir, como se señala en la Exposición de Motivos de la ley, “la posesión para el propio uso del material pornográfico en el que se hayan utilizado menores o incapaces o los supuestos de la nominada *pornografía infantil virtual*”. Para ello se ha incluido en el art. 189.7 del Código Penal la conducta del que “produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio *material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada*”.

⁵⁰ De manera distinta concluye, en cambio, VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, cit., *ibidem*, por otra parte en coherencia con el posicionamiento seguido, que admite la interpretación conforme también incluso aunque tenga como conclusión una interpretación (no *analógica* sino *extensiva* del tipo penal nacional).

ciones del *principio de leal colaboración* (art. 10 TCE), es posible considerar que ya desde la entrada en vigor del acto, y entonces antes del transcurso del plazo previsto para la actuación, el mismo pueda y deba ser asumido como criterio interpretativo válido.⁵¹

En segundo lugar, aquí se puede preguntar qué tipo de consecuencias y cuales medios puedan presentarse respecto a una interpretación de la norma interna en contradicción con la decisión marco, sostenida por el juez nacional, y oportunamente sacada a la luz por una decisión prejudicial del Tribunal de Justicia. En un caso de este tipo, también pareciendo novedoso plantearse que ante una (reiterada) interpretación comunitariamente contraria pueda intervenir una condena por incumplimiento (al menos en los casos en los cuales el plazo para transposición de la decisión haya transcurrido), hay todavía que recordar como precisamente el camino del procedimiento de infracción ha sido recorrido en el caso de interpretación de una disposición interna de manera contraria a las normas de los Tratados.⁵² Esto por otra parte significaría reconocer al vínculo interpretativo – y, en un momento posterior, la misma jurisprudencia del Tribunal lo pone en evidencia– una imperatividad mayor que a la obligación de actuar en el plano del derecho nacional de los contenidos de las decisiones marco, que –como se ha señalado– están sustraídas a la operatividad del procedimiento previsto en los arts. 226 ss. TCE.

Desde una perspectiva distinta, un punto quizás aún más problemático concierne a los remedios que se pueden poner en obra ante una eventual interpretación comunitariamente orientada con efectos desfavorables para el reo. Tal hipótesis, en efecto, tiene el riesgo de heredar el defecto de “justiciabilidad” inherente a la prohibición de analogía, y que ya se ha señalado –en el marco de los mecanismos de verificación de la legitimidad constitucional de la interpretación judicial– con respecto a las hipótesis de aplicación analógica *in malam partem* del tipo penal;⁵³ a pesar de que la referencia al instrumento normativo comunitario en la argumentación del juez nacional, abriendo una posible intervención prejudicial del Tribunal, podría preludiar, en aquella sede, el reconocimiento del efecto desfavorable fomentado por una interpretación conforme

⁵¹ Por otra parte, el cumplimiento del plazo de transposición no representa un *dies a quo* necesariamente relevante para el comportamiento colaborador del Estado (y de los jueces en particular) por ejemplo, el Tribunal de Justicia –en una materia relativa al llamado tercer pilar– ha afirmado recientemente que es tarea del juez nacional asegurar la plena eficacia de los principios de derecho comunitario –inaplicando cualquier disposición contraria de la ley nacional– también cuando el plazo transposición de la directiva que le da cumplimiento no ha transcurrido todavía: cfr. TJCE, Gran Sala, 22 noviembre 2005, C144/04, *Mangold c. Helm* (en Guida dir., suppl. Diritto comunitario e internazionale, n. 1/2006, 61 ss.).

⁵² Cfr., al respecto, TJCE, Sesión Plenaria, 9 diciembre 2003, en C-129/00, *Commissione c. Repubblica italiana*, en *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2005, 253 ss., con comentario de PALLOTTA, donde todavía –con una contradicción subrayada en el comentario– no se condena a la República Italiana, expresamente, por incumplimiento de los jueces (sobre la base de los normales criterios de imputación), sino por incumplimiento del legislador, por no haber procedido, en particular, a modificar las normas objeto de interpretación errónea de manera que queden dotadas de mayor certeza.

⁵³ Porque en términos argumentativos ningún juez admite nunca dar cabida a una *analogía in malam partem*, idónea para exponerse a una posible censura en términos de legitimidad por parte de una instancia superior: sobre la cuestión, p. ej., DONINI, *L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale*, cit., 121 ss., señalando como la prohibición de analogía en materia penal, pese a su linaje constitucional es en realidad una *lex imperfecta*.

sobre la situación jurídico-penal del particular; y evidenciar de esa manera, la inadmisibilidad de la argumentación propuesta.

6. CONCLUSIONES

La sentencia *Pupino* escribe una página más en las relaciones entre derecho comunitario y derecho penal: y no se trata sólo de un “apéndice de actualización”, sino más bien de un nuevo capítulo lleno de posibles desarrollos, en un escenario profundamente cambiado. Ni siquiera hace veinte años, cuando se hablaba de “derecho penal comunitario”,⁵⁴ se ofrecía una definición que parecía “dar cobijo al enemigo bajo el propio techo”: ahora, por un lado la política criminal se ha convertido en un interés central y autónomo de la política comunitaria;⁵⁵ por otro, la incidencia del derecho comunitario en los sistemas penales de los concretos países miembros no puede más ser considerada una variable excepcional y periférica, confinada a los “elementos normativos del tipo penal”, o bien a la inaplicación de normas incriminadoras contrarias a derechos o libertades establecidas en los Tratados o en el *droit dérivé*.⁵⁶

El alcance fracturador de la unidad del ordenamiento jurídico ha pasado de ser latente a manifiesto. Un dato, además, no ciertamente circunscrito a las relaciones entre derecho nacional y derecho comunitario, sino transversal a todo el “sistema” del derecho, policéntrico y reticular:⁵⁷ donde quiebran las jerarquías lineales y el marco de las fuentes -ya lejano de la estilización piramidal sublimada en el *Stufenbau* kelseniano- y está constantemente recorrido por un sentido de competición y de contaminación recíproca entre los diferentes niveles o contextos normativos, e impone un continuo esfuerzo de coordinación.⁵⁸ En este escenario -que ha surgido hasta recordar, en algunas de sus inflexiones, el orden jurídico medieval⁵⁹ - la categoría epistemológica de referencia es la hermenéutica, y el intérprete, de simple corifeo, pasa a ser un auténtico deuteragonista del legislador.

⁵⁴ Por todos, SGUBBI, voz *Diritto penale comunitario*, *Digesto/pen.*, vol. IV, Torino, 1990, 89 ss.

⁵⁵ Tanto que el derecho penal comunitario no puede más ser considerado - como aparecía antes- “por antonomasia (...) un tipo de derecho penal sancionatorio”, o bien “un derecho penal subalterno y accesorio a la materia que sanciona y no constitutivo”, por otra parte susceptible de ser encuadrado y agotado “en la temática más general del *derecho penal de la economía*”. (SGUBBI, voz *Diritto penale comunitario*, cit., 92).

⁵⁶ Cfr. entonces SGUBBI, voz *Diritto penale comunitario*, cit., 103 ss., remitiéndose a la notade TJCE 5 abril 1979, C-148/78, *Ratti*.

⁵⁷ Véase el gran y ya clásico retrato de la situación de OST-VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002, 16 ss.; por otra parte, con particular referencia al campo penal, cfr. p. ej., VOGLIOTTI, *La metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, en *Politica del Diritto*, 2001, 633 ss., 644 ss.; BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., 84 ss..

⁵⁸ Por último, analizando las inflexiones y las directrices que recorren “el *ius commune* de un sistema policéntrico”, y desarrollándolo también en clave dogmática, DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 141 ss., 145 ss., 159 ss., 167 ss., con posteriores reenvíos.

⁵⁹ Un intento de acercamiento explicativo más que desafiante, y lucidamente esbozado en las lecciones de GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, 29 ss., 223 ss.; ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, 15 ss., 43 ss., 71 ss.; ID., *Unità giuridica europea: un medioevo prossimo futuro?*, en *Quaderni fiorentini* n. 31/2002, Milano, 2003, 39 ss.; por otra parte, cfr. DONINI, *Un nuovo Medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, en *Cass. Pen.*, 2003, 1808 ss., 1814 ss.; ID., *Il volto attuale*, cit., 154 ss.

Así, también el juez es un juez-rapsoda,⁶⁰ y su deber ya no puede más circunscribirse –si es que alguna vez lo hubiera estado- a un procedimiento casi silogístico en la búsqueda y en la aplicación de la norma al caso concreto: ya en la individualización del tipo penal abstracto, en efecto, debe componer las teselas inconexas de un mosaico policromado, y utilizar instrumentos del derecho internacional y comunitario directamente aplicables, y de obligada integración, porque los mismos tribunales internacionales se imponen, ya, como jurisdicciones inmediatamente vinculantes.⁶¹

En tal reconstrucción rapsódica no faltan, tampoco, criterios y límites a los que atenerse; estos, en las argumentaciones del Tribunal de Justicia, parecen deducidos por vía “tópica”, esto es con un procedimiento que a menudo huye de una rígida controlabilidad, pero que ve aumentar su propia importancia con la crecida incidencia de la actividad interpretativa. También esto, por otro lado, no es ciertamente un “estilo” nuevo: y si es verdad, como escribía Viehweg en su célebre ensayo, que a través de la “tópica” la jurisprudencia de los glosadores –dando vida al *mos italicus*- pudo hacer evolucionar al derecho romano para crear un derecho romano común,⁶² quizás precisamente la paciente investigación y la selección de los *topoi* argumentativos correctos puede permitir aproximarse con menos incertezas hacia un “derecho penal común”.

⁶⁰ El recurso a la sugestiva metáfora de VOGLIOTTI, *La “rhapsodie”: fécondité d’une métaphore littéraire pour repenser l’écriture juridique contemporaine*, en *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, 2001, 141 ss. (retomada también en ID., *De l’auteur au “rhapsode” ou le retour de l’oralité dans le droit contemporain*, *ivi*, 2003, 81 ss.); sobre la evolución del papel del juez en el contexto actual, cfr. ya las reflexiones de FIANDACA, *Il giudice tra giustizia e democrazia nella società complessa*, en ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, 21 ss., y ahora, desde una diversa perspectiva, ALLARD-GARAPON, *Les juges dans la mondialisation*, Éditions du Seuil et La République des Idées, Turriers, 2005.

⁶¹ No provoca estupor, en efecto, que el propio Tribunal de Casación, recientemente, después de haber reafirmado las normas del Convenio Europeo de derechos del hombre en el ordenamiento interno, haya revocado ante la duda la posibilidad de ejecución –y la misma legitimidad– de un pronunciamiento de condena nacional emitido en conclusión de un proceso juzgado no justo por el Tribunal europeo en virtud del art. 6 del Convenio mismo: cfr. Cass., sez. I pen., 22 septiembre-3 octubre 2005, n. 35616, en *Guida dir.*, n. 43/2005, 84 ss.

⁶² Cfr. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, traducción italiana *Topica e giurisprudenza*, Milano, 1962, 77.