

REDE 

Revista Española de Derecho Europeo

83

Julio – Septiembre 2022

www.revistasmarcialpons.es/revistaespanoladerechoeuropeo

 Marcial
Pons

ÍNDICE

ESTUDIOS

Alessandro Bernardi, <i>Sobre la interpretación conforme al derecho de la UE con efectos in malam partem</i>	9
Dominik Brodowski, <i>El poder de acusar en nombre de Europa: la fiscalía europea como hito de la política penal supranacional</i>	57
Nuria Magaldi; Adam Krzywoń, <i>Poder judicial nacional y primacía del derecho de la unión (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de Polonia k 3/21)</i>	75

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Ignacio Álvarez Rodríguez, <i>El caso Serrano Contreras II como desencuentro judicial</i>	123
---	-----

ESTUDIOS

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

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

Alessandro Bernardi*
Universidad De Ferrara

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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